This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 717 912

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Oct. 16, 1900

Rec Oct. 16, 1900.

ATTI

DELLA

R. ACCADEMIA DEI LINCEI

ANNO CCLXXXVIII.

1891

SERIE QUARTA

CLASSE DI SCIENZE MORALI, STORICHE E FILOLOGICHE

VOLUME IX.

PARTE 1ª — **Memorie**

PARTE 2ª — **Notizie degli Scavi**

4°

ROMA

TIPOGRAFIA DELLA R. ACCADEMIA DEI LINCEI

PROPRIETÀ DEL CAV. V. SALVIUCCI

1892

Rec. Oct. 16, 1905.

PARTE PRIMA

MEMORIE

Iinx e Affatomia. Studi sulle adozioni in eredità dei secoli barbarici.

Memoria del Socio FRANCESCO SCHUPFER

letta nella seduta del 22 novembre 1891.

1. — Premetto un'osservazione. Tutta la famiglia antica riposa, si può dire, nel culto dei defunti, a segno che qualche legge s'occupa molto più dei morti che dei vivi. Tale era la legge indiana; ma anche le altre s'inspirano alla stessa idea. Aggiungo che soltanto i figli maschi legittimi potevano attendere a quel compito; e se non ce n'era, si capisce che si dovesse cercare ogni mezzo per iscongiurare l'estrema iattura, e continuare ciononostante i maggiori (1).

Appunto questa idea ha suggerito le adozioni, così come le concepirono, si può dire, generalmente gli antichi.

Chi non aveva figli legittimi, e disperava di averne, poteva nondimeno procacciarne il carattere ad un estraneo, completando, così, la famiglia e provvedendo al culto degli avi. Tale fu lo scopo delle adozioni nell'India. Lo dice una legge: « Chi non avea discendenti doveva procurare con sollecitudine di adottare un figlio per la continuazione delle offerte funebri e dei riti sacri e il lustro del suo nome »: l'adozione trasmetteva all'adottato il nome, i diritti e i doveri dell'adottante nella sua famiglia, i diritti di eredità sui beni dell'adottante e de' suoi parenti, i divieti matrimoniali e gli obblighi funebri. Si trattava veramente di una *adoptio in hereditatem*, fatta cioè allo scopo di procurare a un parente o ad un estraneo la posizione ereditaria di un figlio legittimo; nè altrimenti essa si presenta in Grecia e in Roma. Lo stesso istituto si trova anche tra i Germanici: i Franchi lo chiamavano *affatomia*, i Langobardi *thinx*; ma del resto è naturale, che la primitiva idea religiosa si perdesse col tempo, e nondimeno l'istituto restasse.

2. — Qualche formula di tempi posteriori ricorda addirittura la povertà e l'infermità del corpo, come le sole cause che aveano spinto l'adottante ad adottare uno in luogo di figlio. Si veda per es. la Form. Marc. II. 13: *Dum mihi paupertas et infirmitas afficere videtur, et te... in loco filiorum meorum visus sum adobtasse.* Così pure la Form. Sal. Merk. 45: *Dum mihi bonitas et infirmitas afficere vide-*

(1) È una idea che espressi già nella mia *Famiglia presso i Longobardi*, Bologna 1868 p. 90 segg.

batur... te in loco filiorum meorum visus sum adobtasse. Parimenti la form. Sal. Lind. 18: *Dum ...mihi paupertas vel infirmitas corporis assidue me obprimere videretur, ideo complacuit mihi atque convenit ut in loco filiorum... tibi adobtare deberem.*

Più tadi si trovano anche adozioni in eredità, che procacciavano all'adottato il posto di un fratello nella famiglia, anzichè quello di un figlio; ma anche ciò accadde quando, perdutosi l'antico carattere religioso, rimase l'adozione come un atto meramente civile. D'altra parte accadde nei rapporti più diversi. Perchè a volte si trattava di liberi livellari e coloni, i quali, non potendo sopportare da soli i pesi della coltivazione, si univano o *affratellavano* (il nome è delle fonti) ad altri (1); e talfiata sono chierici, che si affratellano per aiutarsi a vicenda nel governo della Chiesa (2). La legge Ribuaria 48 ammette perfino che il marito possa adottare in eredità la moglie, o la moglie il marito; ma anche con questa legge siamo in mezzo ad una società, nella quale l'*adoptio* avea perduto già da lungo la primitiva significazione.

Che più? Gli stessi nomi, con cui i barbari aveano indicato l'adozione, si perdono. Certo, quello di *thinx* e *garethinx* ricorre di rado: appena qua e là in qualche documento, per es. in Troya *C. D. L.* V. 791 e nel *Cod. Cav.* I. 20. II. 213. Parecchi diplomi sulmonesi hanno: *thinie, thinia, thix, hinx, six* (3). Ad ogni modo se ne smarrisce il significato, come può vedersi da questo passo della Expositio a Luit. 54 § 1: *si quis cartulam donationis per gairethinx factam: quasi per commutationem; vel aliter: scilicet ea carta dicilur fieri per garathinx cuius medietas Latinis verbis est scripta, altera vero medietas Theotonicis verbis est scripta. Secundum Gualcausum vero dicebatur cartula ipsa fieri per gayrethinx, que una die fiebat, altera firmabatur, veluti per traditionem; vel per gayrethinx dicitur ipsa carta fieri que gratis aliom.* Si vede proprio che non ci capivano più nulla. Ciò che più importa si è, che, quanto più si procede nei tempi, le adozioni stesse diventano rare. Lasciamo anche stare il nome; perchè infine alcune donazioni, quantunque non si presentino più col vecchio nome barbarico, sono vere e proprie adozioni in eredità; ma non sono molte. Quanto più le disposizioni unilaterali e revocabili di ultima volontà si vennero facendo strada anche tra' barbari, quelle per thinx o affatomia doveano parere un impaccio alla libertà umana, ed era naturale che cedessero il campo.

***

3. — In realtà si trattava di un atto tutt'altro che libero: c'erano più condizioni sia di forma sia di sostanza, senza le quali non era valido.

Intanto non tutti poteano adottare.

(1) Troya *C. D. L.* IV. 684, a. 754; *Regii Neap. Arch. Monumenta* II. 191, p. 24 a. 982; *Syllabus graecar. membranar.* n. 227 p. 303, a. 1190. Vedi anche Tamassia, *Alienazioni* p. 215 n. 1.

(2) Troya, *C. D. L.* V, 737 e anche nelle *Memorie di Lucca* V. 2 doc. 62 p. 38, a. 759; vedi pure le dette *Mem.* IV. doc. 83 p. 133, a. 776.

(3) Faraglia, *Codice dipl. Sulmonese* 1, a. 1042; 3, a. 1061; 4, a. 1051; 6, a. 1057; 11, a. 1071; 12, a. 1076; 18, a. 1093; 19, a. 1093; 32, a. 1130. Sono citati anche dal Palumbo, *Testamento romano e testamento longobardo,* Lanciano 1892 p. 300.

La tingazione non poteva farsi che da uomini liberi e cittadini. Roth. 172 ha questo: *quatinus qui thingat et qui gisel fuerit* (vedremo poi chi era il gisel) *liberi sint*; e aggiunge c. 367 parlando degli stranieri: *De waregang... non sit illi potestas absque iussionem regis res suas cuicumque thingare, aut per quolibet titulo alienare.* Il forastiero, in contrapposizione ai Langobardi, non poteva tingare ad altri, o come che sia alienare, le sue robe; ma per farlo gli occorreva il permesso del Re.

Inoltre l'editto langobardo, pur ammettendo le tingazioni, non le vuole generalmente ammesse che in mancanza di figli. Lo dice Rotari 170, che non era lecito al padre di diseredare il figlio senza una giusta causa. Ma anche altrove 171, 367 ricorda che esse si facevano da chi per vecchiaia o malattia disperava di aver figli. E lo stesso ha la lex Ribuariorum 48: perchè uno potesse fare una affatomia, ossia adottare un altro in eredità, bisognava che non avesse figli. Se ne avesse avuto, non avrebbe potuto farla: l'adozione avrebbe mancato al suo scopo. Parimenti Carlomagno, parlando di coteste adozioni, parte dall'idea che l'adottante non avesse figli: *qui filium non habuerit et alium quemlibet heredem sibi facere voluerit* etc. (1). E anche le formule confermano ciò. Esse cominciano generalmente con l'avvertire che l'adottante avea perduto i figli, oppure non ne aveva mai avuto, e perciò ne adottava altri: *Dum peccatis meis fatientibus, diu orbatus a filiis... et te, iuxta quod inter nos bonae pacis placuit atque convenit, in loco filiorum meorum visus sum adoptasse* (2). O anche: *Dum, peccatis meis facientibus, orbatus sum a filiis, mihi placuit ut ille... in loco filiorum adoptassem, quod ita et feci* (3). Oppure: *Dum igitur, et peccatis meis facientibus, procreationem filiorum minime habere videor... ideo complacuit mihi atque convenit ut in loco filiorum vel filiarum tibi adobtare deberem; quod ita et per hanc epistolam visus sum fecisse* (4). Gregorio di Tours nelle *Historiae* V. 18, dice che quando Guntramo adottò il nipote Childeberto addusse appunto questo come motivo della adozione: che non aveva figli. Ne riferisco le parole: *Eveni impulsu peccatorum meorum ut absque liberis remanerem, et ideo peto ut hic nepos meus mihi sit filius.* Parimenti può vedersi una *cartula convenientie* fatta tra due fratelli viventi a legge langobarda: *Ut si sine filios legitimos unus de nobis ab hac luce decederit unus alteri deberemus succedere* (5).

Che se pure qualche adozione si trova fatta nonostante che ci fossero figli maschi, certo è che esse non appartengono al diritto originario, e ad ogni modo aveano qualcosa di speciale, che fino ad un certo punto poteva giustificarle. Un esempio se ne ha già in una carta dell'anno 770 (6). Certo Faracco promette in moglie a Giovanni, figliuolo di Sasso, sua figlia Bona e lo adotta, facendogli tradizione di una parte dei beni uguale a quella dei suoi figli maschi legittimi: *quale et unum de filiis meis legitimi masculini de rebus mea tollere et habere debuerit.* Parimenti può vedersi

(1) LL. lang. Car. M. 92. V. Capit. in leg. Rib. a. 803 c. 9, Legg. I. 118.
(2) Form. Marc. II. 13. Vedi anche la Form. Sal. Merk. 45.
(3) Form. Tur. 23.
(4) Form. Sal. Lind. 18.
(5) Troya, *C. D. L.* V. 791 a. 762.
(6) Troya, *C. D. L.* V, 929.

una carta del 1014 (1): si tratta di un tale che aveva un figlio chierico e una figlia *in capillo*, e nondimeno aveva adottato il cognato.

Quant'è alle figlie, è mestieri distinguere. La legge langobarda vuole escluse le adozioni solo nel caso della esistenza di figli maschi, mentre le figlie non le escludevano, e questo principio rispecchia forse l'antico diritto. Certo è più conforme allo scopo per cui le adozioni furon create. Nondimeno anche la legge langobarda non attribuisce al padre una assoluta libertà. La quota cioè delle figlie doveva essere rispettata, e il padre non poteva tingare che il resto. Sappiamo poi che Rotari voleva assicurata alle figlie il terzo o la metà, secondo il loro numero. Se non ce n'era che una, questa aveva diritto al terzo (2), se erano due o più, avean diritto alla metà (3); e nonostante le riforme, che si operarono poi nel loro diritto successorio, questa rimase veramente la loro parte: salvo che si tramutò da porzione intestata in porzione legittima. Già la prima legge di Liutprando stabilisce, che se un Langobardo moriva senza figli maschi legittimi, ma lasciava delle figlie, queste dovean succedere nella eredità *tamquam filii legetimi mascolini* (4); e nondimeno lo stesso Liutprando non obbligava il padre a rispettare se non la porzione assecurata loro dall'antico editto di Rotari. Liutprando 65 dice: Se uno avrà in casa una figlia ancora nubile, e non avrà figli maschi legittimi, non potrà disporre che di due parti: la terza dovrà lasciarla alla figlia, precisamente come era stato stabilito da Rotari. Che se ne avrà due o più, potrà disporre solo della metà.

Altre leggi sono anche più restrittive. Vogliamo alludere alla legge Ribuaria; ma già dicemmo che essa rappresenta uno stadio ben più avanzato nella evoluzione storica. Essa dice testualmente che nessuno può *adottare* tutti i suoi beni ad un altro *in hereditate*, se ha figli, e non importa che sieno maschi e femmine (5). Se c'era anche solo una figlia, la ereditiera era lei, e l'adozione non poteva aver luogo.

4. — Dall'altro canto c'era un limite quanto alla persona dell'adottato, non dico per legge, ma certamente pel costume. Roth. 360, parlando dei sacramentali, vuole che l'attore si rivolga ai più prossimi parenti; ma fa un'eccezione per coloro che avessero una grave inimicizia con lui, e sarebbe stato il caso se avesse tingato ad altri le proprie robe. La legge soggiunge: *Ipse non potest esse sacramentales, quamvis proximus sit, eo quod inimicus aut extraneus invenitur esse.* Evidentemente il costume non approvava simili adozioni di estranei, quando c'erano parenti, ma avrebbe voluto che si adottasse il parente. E si noti: la legge paragonava il caso di uno, che avesse trasandato il parente, a quello di uno che lo avesse ferito, o che avesse attentato alla sua vita. Parimenti la legge Ribuaria 48 dice: chi non aveva figli poteva fare l'affatomia al coniuge, *seu cuicumque libet de proximis vel straneis.* Richiama l'attenzione prima sul coniuge, poscia sui prossimi parenti, e soltanto in ul-

(1) *Cod. Cav.* IV. 675 p. 236.
(2) Roth. 158.
(3) Roth. 159.
(4) Liut. 1.
(5) Lex Rib. 48.

timo arriva agli estranei, quasi non si dovesse ricorrere a questi che in mancanza di quelli. Più sopra abbiamo ricordato, sulla fede di Gregorio di Tours V. 18, che, volendo Guntramo adottare uno in luogo di figlio, adottò il nipote. Parimenti eran fratelli Auriperto ed Alberto, che fanno tra loro quella *cartula convenientie*: *ut si sine filios legitimos unus de nobis ab hac luce decederit unus alteri deberemus succedere* (1).

Un'altra restrizione si trova in Liutprando 150, e riguarda i figli nati *de inlecito matrimonium*. Egli ordina: *pater non possit illos inlecitus neque per thinx vel per qualicumque conludium heredis instituere.*

5. — L'atto, che propriamente dava vita all'*adoptio*, era la tradizione del patrimonio fatta con lo speciale intento di creare un erede. Laonde non farà meraviglia di vedere la *affiliatio*, qualunque fosse, annoverata tra i modi d'aquisto insieme con la *comparatio* e la *donatio*. Ciò risulta p. e. da una carta dell'anno 787 nel *Reg. Farf.* 149, II, 124. Leone sculdascio e Tota sua moglie donano al monastero di Farfa una loro corte in Asera: *casas, vineas, terras, silvas, cultum vel incultum, comparationem, donationem, affiliationem.* Parimenti leggo in una carta dell'anno 792 (2): *sive de venditione, cambiatione, donatione, affiliatione, sive de quocumque attracto.* E così in altre (3).

Del resto, appunto a proposito della tradizione, possono notarsi alcune differenze. In generale la *traditio* era un modo che tollerava qualunque modalità: così non farà meraviglia di trovare parecchie specie di affatomie o tingi, che pur concordando nella idea fondamentale, faceano luogo a diritti diversi. Ma di tutto ciò parliamo più sotto. Per il momento ci restringiamo a notare che la tradizione occorreva, e si faceva nei soliti modi. La legge Salica 46 dice che, l'adottante gettava la festuca in grembo a colui che avea incaricato di trasmettere la sua fortuna all'adottato: *et sic fistucam in laisum jactet;* nè l'intermediario faceva diversamente con l'adottato: *ante XII menses quos heredes appellavit in laisum jactet.* Perciò anche la fortuna stessa dicevasi gettata nel grembo dell'altro. Invece la legge Ribuaria 48 accenna alla tradizione fatta *per scripturarum seriem*; e quà e là è parola di *adoptiones per epistolam.* Le troviamo nelle formule: Marc. II, 13; Merk. 45; Tur. 23; Lind. 18; S. Emm. II, 21; e non c'è dubbio che hanno, anch'essè, un'impronta tutta germanica. Appena quà e là c'è qualche reminiscenza romana; ma più di forma (4) che di sostanza: nel fatto sono adozioni germaniche. Presso i Langobardi la tradizione si faceva pure *per cartam;* e a questo proposito riferiamo la Formula a Roth. 171: *Petre, te appellat Martinus; quod tu tenes sibi malo ordine terram in tali loco. — Pater tuus donavit michi ipsam terram*: ECCE CARTAM. — *Pater meus disperavit se habere filios propter infirmitatem vel propter senectutem, et post procreavit me de legitimo coniugio.* Lo stesso ha la Form. a Roth. 172: *Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes ei terram malo ordine in tali loco. — Ecce cartam, quam tu michi fecisti. — Contra legem est ipsa carta, quod non fuerint testes liberi.*

(1) Troya. *C. D. L.* V. 791.
(2) *Reg. Farf.* 151, II, 125.
(3) Per es. *Reg. Farf.* II, 239, a. 819, p. 195.
(4) Form. Turon. 23.

Inoltre possono vedersi i seguenti documenti:

Muratori, *Ant. Ital.* VI, 405, a. 783: *Et sibi per cartolam adobtivum filium... confirmavit.*

Cod. Cav. II, 368, p. 210, a. 984: *donaberunt et confirmaberunt mihi per firmam scriptionem.*

Cod. Cav. II, 400, p. 255, a. 988: *per anc cartula donavit et tradidit tibi* etc.

Cod. Cav. IV, 675, p. 236, a. 1014: *que per firma cartula de antea affiliabi in omnibus rebus et causa mea stabile et mobile talem sortionem* etc.

D'altronde è vero: la sola carta non bastava. Quell'Alberto, che abbiamo ricordato più su, pretendeva alla successione del fratello appunto in base ad un contratto, e produsse un *exemplar cartule convenientie, quam ipse Auripert mecum factam habuit, ut si sine filios legitimos unus de nobis ab hac luce decederit unus alteri deberemus succedere,* soggiungendo: *quia ipse Auripert sine filios decessit ego illi succedere debeo* (1); ma non gli giovò. La carta non bastava alla validità dell'atto, se questo non era fatto nelle debite forme, e Alberto non potè conseguire l'eredità del fratello. Medesimamente risulta ciò dalla Form. a Roth. 172 testè citata. Pietro è chiamato da Martino perchè gli tiene una terra *malo ordine* nel tal luogo. Pietro si discolpa: ecco la carta che tu stesso mi hai fatto. Ma la carta era *contra legem,* e non aveva validità.

L'atto doveva farsi con l'intervento del popolo o del Re; e già in Roma le cose erano andate così, se è vero che i *testamenta calatis comitiis* abbiano avuto il carattere, che aveano l'affatomia e il tinge, di adozioni in eredità. Comunque, la legge Salica 46 dice espressamente, che l'affatomia si iniziava nel mallo indetto dal tungino o centenario, e si compiva davanti al Re o nel mallo legittimo davanti al popolo: ciò che in fondo era lo stesso. Perchè col rafforzarsi della podestà regia, il Re era sottentrato anche qui, come in altre cose, in luogo del popolo. La legge Ribuaria 48 dice addirittura che l'affatomia doveva farsi *in praesentia regis.* Medesimamente i Langobardi avean celebrato le loro adozioni nell'assemblea popolare. Perciò l'adozione stessa è detta *Thinx* o *Garethinx*, che veramente significa assemblea; e ancora una legge langobarda di Carlo Magno inculca, che l'adozione si faccia davanti al Re o davanti al conte o al messo dominico. Egli dice: chi non ha figli e vuole darsi un erede, deve fare la tradizione *coram rege vel coram comite et scabino vel misso dominico qui tunc ad iustitiam faciendam in provincia fuerint ordinati* (2). E questa legge di Carlomagno rimase poi a lungo nella pratica. Anche Alberto, che la commenta, osserva, romanizzando, che colui, che non aveva un figliuolo legittimo e voleva farsi un altro erede, doveva farlo e adottarlo davanti al conte se si trattava di persona *alieni iuris*, o davanti al Re se si trattava di persona *sui iuris;* e anche la tradizione corporale doveva aver luogo alla loro presenza (3). Del resto per ciò che concerne il popolo, è certo, che già ai tempi di Rotari non occorreva

(1) Troya, *C. D. L.* V, 791.
(2) LL. lang. Car. M. 92.
(3) Alb. II, 16, p. 107.

più di scomodarlo perchè assistesse o approvasse le tingazioni: bastava anche una semplice rappresentanza di esso. Ma questa ad ogni modo ci voleva. Dice Rotari 172, che colui, il quale voleva tingare ad altri le cose sue, non doveva farlo nascostamente *sed ante liberos homines ipsum garethinx faciat.* Occorreva la presenza di alcuni uomini liberi, certamente come rappresentanti del popolo, e ciò per la solennità dell'atto. Il thinx che non fosse stato fatto alla presenza di uomini liberi, era nullo; e appunto a cotesta nullità si richiama una Formula a Roth. 172: *contra legem est ipsa carta, quod non fuerint testes liberi.* La legge di Carlomagno, citata testè, parla invece di scabini (1). Del resto non si può dire che ne fosse fissato il numero. La *cartula adfiliationis* di Filimaro ne conta quattro (2), quella di Vadiperto cinque (3), un'altra di Faracco soltanto tre (4). Secondo Ariprando potevano bastare anche due. Egli dice: *inter liberas personas et coram testibus* (*donatio per tingationem*) *fieri debet... testibus dico tribus vel duobus* (5). Lo stesso ripete Alberto: *testibus dico duobus aut tribus* (6).

A volte intervenivano anche dei fideiussori. L'Editto di Rotari 172 vi accenna con le parole che abbiamo citato poc' anzi: *Quatinus qui thingat et qui gisel fuerit liberi sint.* Il *gisel* era appunto il fideiussore; e se non andiamo errati, deriva il nome da *gisileum* = *geissel*, l'*astula sagittae* (come osserva il Glossario matritense), che interveniva generalmente nelle adozioni langobarde. Nè questa pratica si è perduta col tempo. Una *affiliatio* dell'anno 988 è fatta appunto così. L'adottante, certo Faracco, dà la wadia al figlio e gli pone a mediatore un suo nipote, obbligandosi, tra le altre, ad *antestare* o *difendere* la donazione *ab omnis homines*, sotto pena di 20 soldi d'oro (7). Parimenti può interessare una carta del 1142 (8), che riguarda pure una adozione. Certo Guglielmo di Favale adottò Filippo figlio di Nicolò, e Nicolò stesso glielo consegna davanti ad alcuni uomini, che intervengono come fideiussori. Il documento li chiama ἐγγυϊτάδες.

6. — In mezzo a tutto ciò ricorrono degli atti simbolici, così naturali agli antichi diritti; e forse la stessa parola *affatomia* vi accenna, per quanto gli scrittori non siano affatto d'accordo circa la sua significazione. Non lo erano gli antichi, come il Pithou (9), il Wendelin (10), l'Eccard (11), lo Schilter (12), il Wachter, (13) e non lo sono nè anche i moderni. Fra questi ricordo particolarmente il Wilbrandt (14), il Mül-

(1) LL. lang. Car. M. 92.
(2) Troya, *C. D. L.* III, 512, a. 737.
(3) Troya, *C. D. L.* V, 929, a. 770.
(4) *Cod. Cav.* II, 400, a. 988.
(5) Aripr. II, 15.
(6) Alb. II, 15.
(7) *Cod. Cav.* II, 400, p. 255.
(8) *Syllabus graecar. membranar.* n. 142, p. 189.
(9) *Liber legis Salicae*, Parisiis 1602.
(10) *Leges Salicae*, Antwerpiae 1649.
(11) *Leges Francor. Salicae et Ripuariorum*, Francof. et Lipsiae 1720.
(12) *Thesaurus antiquitatum Teutonicarum*, T. III (Glossarium), Ulmae 1728.
(13) *Glossarium Germanicum*, Lipsiae 1737.
(14) *Etymologische Erklärung des verbum adfatimire* nella Zeitschrift für D. R. V, 182 segg.

lenhof (1), il Grimm (2), lo Schade (3), l'Amira (4), lo Scherer (5) ma generalmente convengono in questo: che si tratti di un atto con cui l'adottante esprime di voler accogliere l'adottato nella sua famiglia. Infatti, sia che nel compierlo aprisse ambe le braccia, come taluno pensa, o stringesse addirittura l'adottato al seno, o anche lo avvinghiasse con un filo, sia che la parola *fathum* = *sinus* si prenda in senso traslato per indicare la prossima cerchia degli eredi, o si pensi a *fachta*, che ancora negli antichi libri giuridici dinota i parenti che avean diritto al guidrigildo e che dall'altra parte erano tenuti a pagarlo, ciò che a prima giunta si vede chiaro è la intenzione del disponente di voler creare artificialmente un erede corporale. Nè altri usi, che s'incontrano pure quà e là, aveano una diversa significazione. Anzi ce ne sono addirittura di plastici. A volte l'adottato s'introduceva nudo tra la camicia e la carne dell'adottante, oppure si metteva sotto il mantello di lui, e così stretti scambiavansi la fede e davansi il bacio (6); o anche lo si collocava sulle ginocchia dell'adottante (7). Erano gli stessi riti che s'incontrano nella nascita di un fanciullo. Altre volte il figlio adottivo, ad esprimere l'ossequio che doveva al padre e la nuova dipendenza, in cui entrava, si lasciava toccare o tagliare la barba o tosare la chioma. Appunto così Alarico diventò padre adottivo di Clodoveo, toccandogli (8), o, come altri vogliono, tagliandogli (9) la barba. Così Gregorio, patrizio romano, promise a Tosone, duca del Friuli, di radergli la barba, *sicut moris est*, e farlo suo figlio (10); e anche so' di Pipino, che il padre mandò a Liutprando re dei Langobardi perchè, secondo il costume, gli recidesse la chioma: *ut eius iuxta morem capillum susciperet. Qui eius caesariem incidens ei pater effectus est* (11). L'adottato poi riceveva a volte una spada, un'asta, uno scudo e altri strumenti guerreschi; e ridondava a grande gloria tra le genti di poter diventar figlio per le armi. Gli è in questo modo che l'imperatore Zenone adottò Teodorico re degli Ostrogoti, e questi il Re degli Eruli. Al qual proposito osserva Cassiodoro IV, 2: *per arma fieri posse filium, grande inter gentes constat esse praeconium, quia non est dignus adoptari, nisi qui fortissimus meretur agnosci.* Nello stesso modo fu adottato Eutarico da Giustino: *per arma* (12). Medesimamente l'adozione per *gaire-*

(1) *Die Sprache der Lex Salica* nell'opera di Waitz, *Das alte Recht der sal. Franken*, Kiel 1846, p. 277.

(2) Nella Prefazione alla edizione della Lex Salica di Merkel, Berlin 1850.

(3) *Altdeutsches Wörterb.* 2ª ediz. Halle 1873

(4) *Erbenfolge u. Verwandtschaftsgliederung nach den altniederdeutschen Rechten*, München 1874.

(5) *Zur Lex Salica* nella Zeitschr. für R. G. XIII, p. 256 segg.

(6) Albertus Aquensis 3, 21; Guibert, *Gesta Dei* 3, 13; Surita, lib. I, ind. rer. arag. ad a. 1032 Ducange 5, 64, v. pallio cooperire; Carpentier, v. mantellatus.

(7) Grimm, *R. A.* p. 465.

(8) Camisius, *lect. ant.* II. 3, c. 10; Aimoin I, 20.

(9) Rorico ap. Duchesne 1, 812.

(10) Paul. Diac. IV, 40.

(11) Paul. Diac. VI, 53.

(12) Cassiod. *Var.* VIII, 1.

thinx si faceva, e lo dice il nome, mediante la consegna di un'arma (1). Lo stesso uso può riscontrarsi tra i Franchi (2).

7. — Una particolarità, che vuol essere notata, si è che qualche tinge si trova fatto con l'intervento degli uomini liberi, come voleva Rotari, e insieme col *launegildo*. Un esempio se ne ha già nella età langobarda (3); ma s'incontra qua e là anche dopo, come può vedersi in una carta dell'anno 988 (4): la stessa glossa traduceva gairethinx con *mutua donatio*; ed è naturale che si domandi se fosse una pratica necessaria?

Qualcuno lo ha creduto. Lo Zöpfl (5), parlando appunto del thinx langobardo, sostiene che, anche per esso, come per ogni donazione tra' vivi, era necessaria una corresponsione, cioè appunto il launegild. Senza di esso l'atto non sarebbe stato valido; e dice risultar ciò da Roth. 175 e da un placito dell'anno 762 (6), dove è detto che la donatio non poteva stare, perchè *nec per thinx est facta nec per launichild.* Nè altra opinione ha il Salvioli. Anch'egli sostiene, che il donatario facesse quella controdonazione al donante, e ne adduce la ragione: perchè il diritto germanico non conosceva che contratti onerosi (*do ut des*); e così per la stabilità del thinx, come per la validità della donazione, qualche cosa, per quanto sproporzionata a ciò che si era ricevuto — una camicia, un mantello, un guanto — doveva essere offerta al donante (7).

Noi non siamo di questo avviso. Già nella nostra Memoria *Delle donazioni nella storia del dir. italiano* (8), abbiamo sostenuto che la donazione per *thinx* era una cosa e quella per *launegild* un'altra, e ci appoggiavamo al testo degli Editti. I quali, in realtà, contrappongono l'una specie all'altra. Ciò risulta da Liutprando 54: *Si quis cartolam donationis per gairethinx* AUT *per susceptum launigild vel forte comparatione ostenderit.* Come si vede, la differenza non potrebbe essere più spiccata. Ma lo stesso Liutprando 73, dice anche: *De donatione, que sine launigild* AUT *sine thingatione facta est, menime stare deveat.* O il thinx o il launegildo! se no, la donazione non teneva; ma non era necessario che intervenissero entrambi. Inoltre si veda Liutpr. 65: *Ideo nos, dum in ipso edicto legitur de thinx quod est donatio* (allude a Roth. 171), *nobis conparit, quod per nullam donationem nec per launegild possit filiam suam de ipsam tertiam portionem substantiae suae exherede facere, et si duas aut amplius fuerent de medietatem.*

Del resto lo Zöpfl è già stato confutato dal Val de Lièvre. Il quale ha notato molto giustamente (9), che Roth. 175 mette il launegildo in relazione con la *donatio* e non col *gairethinx;* e sebbene sia vero, che l'Editto traduca più volte la parola

(1) V. Schröder, *Gairethinx* nella Zeitschr. für R. G. XX, p. 56 seg.
(2) Gregor. turon. V, 17; VII, 33; Aimoin III, 68; V. Grimm, *R. A.* p. 163, 464.
(3) Troya *C. D. L.* V, 929.
(4) *Cod. Cav.* II, 400, p. 255.
(5) *Deutsche Rechtsgeschichte* III, 233.
(6) Può vedersi in Troya *C. D. L.* V, 791.
(7) Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino 1890, p. 457.
(8) È inserita negli Annali della giurispr. ital. vol. V, par. III (1871) p. 58 ss.
(9) V. la sua opera *Launegild u. Wadia*, Innsbruck 1877, p. 36.

thinx o *gairethinx* con *donatio* (1), e che non di rado i vocaboli *thingare* e *donare* sieno adoperati come sinonimi (2), non ne segue però, che dovunque è parola del gairethinx, debba anche intervenire un launegildo. Anzi la donatio per gairethinx e quella per launegild sono contrapposte l'una all'altra. Quant'è poi al placito del 762, non c'è dubbio, dice il Val de Lièvre, ch'esso, lungi dal provare che il gairethinx e il launegild venivano adoperati cumulativamente, potrebbe anzi addursi a prova del contrario. Una delle parti si richiama ad un *exemplar (cartu)le convenientie... ut si sine filios legitimos unus de nobis ab hac luce decederit unus alteri deberemus succedere.* E l'avversario di rimando: *Mihi non impedit quia autentica exinde non habis et nec per thinx est facta nec per launichild star(e) non potuisset etiamsi autenti(cam) de inde habuissis.* Il thinx e il launegild si trovano qui contrapposti molto nettamente l'uno all'altro; e, a ben guardare, soltanto la mancanza del thinx viene considerata come ragione di nullità, non anche la mancanza del launegild. Anzi è detto espressamente, che l'applicazione del launegild non aveva importanza per la validità della *convenientia* in questione. La ragione non è indicata; ma il Val de Lièvre crede di non andare errato sostenendo che si tratti di un contratto ereditario, che originariamente non avrebbe potuto farsi se non col thinx; e noi conveniamo pienamente con lui (3).

Quant'è alla osservazione del Salvioli, che il diritto germanico non conoscesse che contratti onerosi, e che appunto perciò fosse necessario che il donatario offrisse qualcosa al donante, rimando a ciò che ne dicono alcuni buoni illustratori delle leggi langobarde. Ariprando e Alberto II, 15, parlando appunto della duplice natura della donazione, osservano: *aut enim universitatis fit que non indiget launechild,* QUIA ONUS SUSTINET UT HERES DONATARIUS *et inter liberas personas et coram testibus fieri debet... aut rei specialis fit que indiget launechild.* Nè altrimenti si esprime Biagio

(1) Il Val de Lièvre cita Roth. 171, 172, 375; Liut. 65; Gloss. Cav. 115, p. 656; Gloss. Vat. 95, pag. 656.

(2) Roth., 156, 157, 168, 170-173, 360, 367.

(3) Diversamente l'Havet nella *Nouvelle Revue historique* 1878, p. 260. Egli nota che il passo deve leggersi così: *mihi non impedit; quia autentica exinde non habis et nec per thinx est facta nec per launegild: stare non potuisset etiamsi autenticam deinde habuissis.* E vuol dire: la donazione non mi fa ostacolo, intanto perchè non ne hai l'atto autentico, e poi perchè non è fatta nè per *thinx*, nè per *launegild*: essa non varrebbe se anche tu ne possedessi l'atto autentico. Noi però non ce la sentiamo di aderire a cotesta interpretazione, che potrà anche parere ingegnosa, ma mostra poca dimestichezza con l'uso linguistico delle fonti. Dopo tutto si verrebbe a ripetere due volte la stessa cosa nello spazio di due righe. L'attore aveva pur detto che la donazione oppostagli dal convenuto non gli era d'impedimento, sia perchè non ne aveva prodotto l'atto autentico, sia perchè non era fatta per *thinx* e neppure per *launegild*. Perchè soggiungere: non sarebbe valida se anche tu ne possedessi l'atto autentico? Sarebbe stata una ripetizione: l'aveva già detto. Se poi i giudici nel pronunziare la sentenza osservano: *stare nullo modo deberit quia nec per garathinx nec per launichild factam non erat sicut edicti contenit textus,* ciò non deve trarci in errore. Essi non fanno che richiamarsi alle parole dell'Editto: *De donatione, que sine launigild aut sine thingatione facta est, menime stare deveat* (Liut. 73), che riproducono alla lettera, senza occuparsi di altro. Non cercano se, per essere valida, la donazione in discorso avrebbe abbisognato della tingazione o del launegildo: trovano che non c'era stata nè una cosa, nè l'altra, e si fermano qui: qualunque altra ricerca sarebbe stata inutile, dacchè la donazione non poteva reggere in nessun modo.

da Morcone: « Il launegild è proprio delle *donationes rei singularis*, ma non anche di quelle di una *universitas*: queste non abbisognano di launegild. La *donatio universitatis* è come la istituzione di erede, perchè appunto non altrimenti della eredità, porta seco *comoda et incomoda* » (1).

Dopo tutto se anche in una delle carte di affigliazione citate più su, il donante attesta di aver ricevuto il launegild *justa legem* (2), nell'altra nota molto più giustamente di averlo ricevuto *ut plus magis in vobis ista donatio firmam persistat* (3). E questa era una donazione dell'anno 770, cioè appunto dei tempi langobardi; mentre l'altra è dell'anno 988. Si credeva di darle maggior consistenza: ecco tutto.

***

8. — Non c'è poi dubbio che si trattasse di vere e proprie *adozioni in eredità*, o se più vuolsi di una *creazione di erede*, ben diversa da una semplice donazione in causa di morte. La parola *adoptio in hereditatem* si trova appunto nella legge Ribuaria 48; come sinonimo di affatomia: *adoptare in hereditatem vel adfatimi... licentiam habeat.* La legge Salica 46 insiste pure ripetutamente sulla designazione dell'erede: *ante XII menses quos heredes appellavit in laisum jactet;* e anche: *illum quem heredem appellit similiter nominent;* infine: *furtunam illam quos heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset.* È chiaro: la tradizione è fatta allo scopo della creazione di un erede; ed è appunto in questa creazione che sta la parte veramente caratteristica dell'atto: tutto converge ad essa e si fa per essa. Non altrimenti l'Editto di Rotari fa capire, che la tingazione è una creazione di erede: *Sicut nec patribus licitum est filium suum...* EXHEREDITARE, *ita nec filius leceat vivo patre cuicumque res suas* THINGARE (4). E Rotari dice anche, parlando del *threus*, figlio di un figlio naturale: HERES *non fiat nisi ei* THINGATUM *fuerit per legem* (5). Lo stesso risulta da Liutprando 150, un passo che abbiamo citato anche più sopra. Il padre non poteva *instituere heredes* i figli nati da matrimonio illecito *neque per thinx vel per qualicumque conludium.* Evidentemente chi fa un *thinx* istituiva un *heres.* E lo stesso ha Carlomagno: *Qui filium non habuerit et alium quemlibet heredem sibi facere voluerit,* etc. (6).

Infine possono vedersi le formule di adozione. Appena una accenna alla circostanza che il figlio usciva dalla potestà del padre naturale per entrare in quella dell'adottante, evidentemente sotto la influenza romana; e nondimeno anch'essa insiste sulla qualità di erede, ch'egli veniva così a conseguire (7). Le altre non mettono in evidenza che cotesta qualità, e appare manifesto che tutta la importanza dell'atto si

(1) L'opera del Morcone, *De differentiis inter Jus rom. et longob.* si conserva nella Biblioteca dei Gerolimini di Napoli, e attende ancora una mano paziente, che la tragga alla luce. Porta il n. XII del pluteo XVII.

(2) *Cod. Cav.* II, 400, p. 255.

(3) Troya *C. D. L.* V, 929.

(4) Roth. 170.

(5) Roth. 157.

(6) LL. lang. Car. M. 92. V. Capit. in leg. Rib. a. 803 c. 9. Legg. I, 118.

(7) Form. Tur. 23.

concentra appunto iu essa. La formula turonense ha questo: *mihi placuit ut ille.... in loco filiorum adoptassem; quod ita et feci; ea vero ratione, ut, quamdiu advixero fideliter mihi prestet solatium.... et post obitum quoque meum, sicut a me genitus fuisset, ita* IN OMNI HEREDITATE MEA PER HANC EPISTOLAM ADOPTIONIS SIT SUCCESSURUS, *vel quicquid de supradictis rebus meis, quantumcumque moriens derelinquero facere volucrit, iure proprietario, absque repetitione heredum meorum liberam et firmissimam in omnibus habeat potestatem* (1). Lo stesso risulta da una formula salica merkeliana: *Ideo dabo vobis per hanc affatimum omni pro portione in loco etc. hoc est in iam dicto loco tam terris domibus et cetera.... per hanc affatimum post obitus mei dividere (et) exequare faciatis* (2). Altre adozioni si fanno con la trasmissione immediata della proprietà, e nondimeno si ha l'avvertenza d'inculcare che, anche dopo la morte dell'adottante, i beni debbano rimanere in potestà dell'adottato. Una formula dice: *Et omnes res meas et ad presens et* POST MEUM DISCESSUM *in tua potestate permaneant et quod tibi exinde placuerit faciendi liberam habeas potestatem* (3). Un'altra: *Et omnes res meas ad presens possedere debeas* ET POST MEUM QUOQUE DISCESSUM *in tua potestate permaneant, et quod tibi exinde facere placuerit, licentiam in omnibus habeas potestatem faciendi* (4). Un'altra ancora: *Ea scilicet ratione, ut, dum diu advixero, meam necessitatem in omnibus procurare debeas.... et post meum* (QUOQUE) DISCESSUM *ipsas res quas tibi tradidi, in tua dominatione permaneant, vel quicquid ibi deinceps facere placuerit, liberam in omnibus habeas potestatem* (5).

9. — Perciò non si trattava generalmente di una donazione di cose singole, ma di tutto un patrimonio o di una quota parte di esso. Ciò risulta concordemente tanto dalle leggi franche quanto dalle leggi langobarde.

La lex salica 46, lo dice nettamente: *Et ipse in cui laisum fistuca iactavit, de furtuna sua dicat verbum quantum voluerit aut totam aut mediam furtunam suam cui voluerit dare.* Si tratta proprio di una disposizione, che abbraccia tutta la sostanza di un uomo o una quota parte di essa. E anche più sotto e ripetutamente, si accenna alla *furtuna*, che uno destina all'altro, che dà o dona all'altro, che getta nel seno dell'altro. E così la legge Ribuaria 48: *Si quis omnem facultatem suam... cuicumque... adoptare in hereditatem vel adfatimi (voluerit)... licentiam habeat.*

Ma lo stesso carattere ha anche il thinx langobardo. Già nel nostro opuscolo sulle *Donazioni* p. 13, e poi nei *Nuovi studi* (II) intorno alla legge romana udinese p. 51, abbiamo sostenuto che la donazione per tinge, a differenza di quella col launegildo, non si riferiva a cose singole; e crediamo tuttora d'essere nel vero. Che se qualcuno (6) ha respinto fin dalle prime, e molto sdegnosamente, quell'idea, dall'altro canto ci gode l'animo di vedere che la giovane scienza tedesca le ha fatto buona accoglienza.

(1) Form. Turon. 23.
(2) Form. Sal. Merk. 24.
(3) Form. Marc. II, 13.
(4) Form. Sal. Merk. 45.
(5) Form. Sal. Lind. 18. Vedi anche Form. Cod. S. Emm. 21.
(6) Pertile, *Storia del dir. italiano* IV, p. 543. nota 12.

Il Pappenheim (1) è perfettamente del nostro avviso; ed è certo che quel carattere emerge chiaro da più capitoli dell'Editto, i quali, parlando appunto delle tingazioni, rammentano tutti i beni: *res suas*, a differenza della *donatio rei specialis*.

Ricordiamo:

Roth. 170: *Nec filiûs leceat.. cuicumque res sua thingare.*

Roth. 171: *Si quis...res suas alii thingaverit.*

Roth. 172: *Si quis res suas alii thingare voluerit.*

Roth. 173: *Si quis res suas alii thingaverit.*

Roth. 360: *Aut res suas alii thingavit.*

Roth. 367: *Non sit illi potestas res suas cuicumque thingare.*

Soltanto due capitoli di Rotari parlano di un *thingare aliquid de res*; e già il Kayser (2) e il Miller (3), e sulle loro traccie il Pertile (4), ne han voluto dedurre che, dunque, il thinx poteva avere per oggetto anche una cosa singola. Ma non pare. Il Pappenheim, pur ammettendo che l'*aliquid de res*, possa voler dire cose singole, ha tentato una spiegazione, ed ecco quale. Egli dice p. 46: Nei capitoli 156 e 157 di Rotari si parla, è vero, di *thingare aliquid de res*; ma è da osservare, che si riferiscono a donazioni fatte ai *filii naturales* e alla loro discendenza. Appunto coteste donazioni tengono un posto speciale nell'antico diritto germanico: sono donazioni privilegiate; e dunque è molto pericoloso di volerne trarre una qualunque conseguenza che abbia carattere generale. Egli soggiunge: è vero, quei due passi dimostrano che era possibile di trasmettere per thinx anche solo una parte del proprio patrimonio alle dette persone; ma sarebbe un generalizzare troppo il dire che anche singole cose, al pari di tutto il patrimonio, potessero essere oggetto del thinx.

Quanto a me osservo che il *thingare aliquid de res*, a cui accennano i due capitoli di Rotari, non è ancora il *donare rem suam*, che si trova in altri capitoli dello stesso Editto, che parlano della donazione con launegildo (5), e anche in quello di Liutprando (6); e ne deduco che l'*aliquid de res*, lungi dall'accennare ad una cosa singola, accenni ad un complesso di beni. E si avverta: quei due testi non parlano senza più, come fanno altri, di un *aliquid* (7) che potrebbe anche essere una cosa singola; ma di un *aliquid* in relazione al patrimonio, *de res*: e non ci mettiamo dubbio, che si tratti di una quota di esso, la metà, il terzo ecc. nè più nè meno che si è trovato anche nella legge Salica. Infine, se non andiamo errati, ciò risulta da questi stessi capitoli. Rotari 156 parla del figliuolo naturale nato da una serva altrui, e stabilisce che se il padre l'ha comperato, e gli ha tingato *aliquid de res per legem*, cioè nella misura della legge, doveva avere *ipsas res*; e la legge, che il thinx doveva rispettare, si riferiva appunto ad una quota, che del resto variava secondo il numero dei figli legittimi, come può vedersi in Roth. 154. Parimenti leggo in Ro-

(1) *Launegild u. Garethinx*, Breslau 1882.
(2) Zeitschr. für R. G. VIII, p. 479.
(3) Zeitschr. cit. XIII, p. 93.
(4) *Storia* IV, p. 543, nota 12.
(5) Roth. 175.
(6) Liut. 43.
(7) Roth. 184, Aist. 12.

tari 157, a proposito del *threus*, nato da un figlio naturale, che non doveva essere erede, se non gli era stata fatta una tingazione *per legem*; ma che sebbene non gli fosse stato tingato *aliquid de res* in modo da poter essere erede, pure gli dovea rimanere la libertà. Si noti: l'*aliquid de res* era tal cosa che lo faceva erede! Inoltre è osservabile che il *thingatum fuerit per legem* e il *thingatus fuerit aliquid de res* si equivalgono qui completamente; sicchè resta confermato che il tingare *per legem* vuol dir proprio: nella misura, ossia nella quota, consentita dalla legge, perchè la misura era appunto una quota. Che se ci fosse ancora qualche dubbio sul significato del *thingare per legem* potrebbe vedersi Roth. 168 confrontato con Roth. 154. Il cap. 168 determina che nessuno potrebbe diseredare il proprio figliuolo, nè tingare ad altri ciò che gli era dovuto *per legem*; e Roth. 154 avea detto, che i figliuoli aveano appunto diritto ad una quota parte della sostanza, maggiore o minore secondo i casi.

D'altronde, che la tingazione potesse anche non abbracciare tutto il patrimonio ma solo una parte, si è vednto più su, quando, parlando delle condizioni di essa, abbiamo detto che il padre doveva pur sempre rispettarne la quota che l'Editto aveva assicurato alle figlie (1). Ciò vuol dire che, data la esistenza di una o più figlie, egli non poteva tingare che la metà o due terzi dei beni secondo il numero di esse.

Quant'è agli argomenti addotti dal Pertile per dimostrare che il tinge poteva riferirsi anche ad una cosa singola, come viceversa il launegildo a tutta la eredità, non esito a dire che poggiano, più o meno, nel falso. Egli si è richiamato a Liut. 9 e 65; ma già il Pappenheim p. 46 n. 63 ha osservato, che quei due passi non possono assolutamente provar nulla per la questione. Inoltre egli aveva allegato il placito dell'anno 762 (2), che abbiamo citato anche più su a proposito della questione del launegildo. Dice testualmente così: « E poi come starebbe con queste opinioni la famosa sentenza del 762, con cui si spoglia uno della intera eredità, *quia* (*donatio*) *nec per garathinx nec per launechild facta non erat*? » ma anche cotesta obbiezione fu già sfatata dal Val de Lièvre. Il torto del Pertile è di aver riprodotto soltanto un passo del documento: e con esso alla mano è vero, si potrebbe supporre che anche tutta l'eredità potesse donarsi indifferentemente, sia col thinx e sia col launegildo. Ma abbiamo già osservato, che ciò che rende nulla la donazione non è la mancanza del launegildo, bensì la mancanza del thinx: anzi il documento dice che la validità della *convenientia* non dipendeva affatto dall'esserci o non esserci il launegildo. E a questo proposito non sarà inutile di riferire ancora una volta le parole del testo: *Mihi non impedit, quia autentica exinde non habis, et nec per thinx est facta* NEC PER LAUNICHILD STAR(E) NON POTUISSET ETIAMSI AUTENTI(CAM) DE INDE HABUISSIS. Il Pertile però sopprime addrittura questo passo.

Infine i commentatori della Lombarda non la pensavano diversamente da noi. Ariprando e Alberto, II. 15 dicono ad una voce che la *donatio cum thingatione* era una *donatio universitatis*, in cui il donatario sosteneva il peso come un *erede*; e appunto per ciò non abbisognava del *launegildo*, che occorreva a tutte le donazioni *rei specialis*, che non fossero fatte per l'anima o in favore di un luogo pio. E lo stesso ha

(1) Liut. 65.
(2) Troya, *C. D. L.* V, 791.

Biagio da Morcone nel titolo *De donationibus*. Dice che la donazione poteva essere revocata, se non precedeva o seguiva il launegildo; ma ciò valeva propriamente delle sole donazioni *rei singularis* perchè il *donator universitatis non exigit leaunalgit*. Insieme soggiunge che tale donazione *similis est heredi institutioni, quae secum portat comoda et incomoda sicut hereditas*.

***

10. — Un'altra questione riguarda la efficacia giuridica di coteste adozioni; ma anche qui si disputa. Il Beseler e l'Eichhorn han detto, che il *thinx* trasferisce senza più la proprietà dei beni al donatario; mentre il Pappenheim e il Val de Lièvre sostengono, che gli assicuri solo un diritto di eredità: e forse le fonti possono suffragare l'una opinione e l'altra. Noi stessi siamo stati per lungo tempo perplessi; ma abbiamo capito, fin dalle prime, che la questione è di quelle che non possono sciogliersi con un taglio netto, e che bisogna distinguere.

A ben guardare, ci sono due specie, le quali s'impongono a prima giunta; e forse corrispondono a due diversi stadî di sviluppo.

C'era una *adoptio*, che si faceva *direttamente* con un atto solenne conchiuso tra l'adottante e l'adottato; come era il *thinx* langobardo, in cui tanto il padre quanto il figlio si trovavano personalmente di fronte l'uno all'altro; e ce n'era un'altra che si faceva col mezzo di *intermediari*. Anzi lo stesso thinx langobardo poteva presentarsi sotto più aspetti: come una adozione pura e semplice, con carattore più o meno assoluto, che si compiva con la *traditio corporalis* dei beni; e come una adozione che tollerava delle riserve, e si facea con la *traditio incorporalis*. Ciò risulta dalle fonti, specie dai documenti; ma vi accennano anche gli Editti.

Tutto ciò peraltro vuole essere studiato con maggiore accuratezza.

11. — Ho detto che il thinx puro e semplice aveva un carattere assoluto, e si faceva con la *tradizione corporale* dei beni al donatario: lo che significa, che il donante gliene trasferiva il dominio, e insieme lo immetteva nel possesso. Anzi la mia opinione è che, quando gli Editti parlano del thinx senza più, intendano di alludere a questa specie, mentre quando discorrono dell'altra, hanno cura di avvertirlo con un *et*, con un *autem*, o che so io, perchè altrimenti non si capirebbe, accennando anche alla riserva, che c'era, di voler restringere il diritto dell'adottato a ciò che rimarrà dopo la morte. Infatti si veda. Rotari nei capitoli 168, 170, 171, 172 parla del *thinx* in generale, sia proibendo al padre di tingare in danno dei figli e ai figli in danno del padre (168, 170), sia provvedendo al caso che uno, dopo aver tingato ad altri i suoi beni, ottenga dei figli legittimi (171), sia fissando il modo con cui il thinx doveva esser fatto; poi nel cap. 173 accenna ad una specie particolare, e la determina: *Si quis res suas alii thingaverit* ET *dixerit in ipso thinx lidinlaib, i. e. quod in die obitus sui reliquerit*. Che bisogno ci sarebbe stato di determinarla, se ogni thinx si fosse fatto veramente con lidinlaib? È chiaro: la tingazione poteva stare da se senza riserva; ma questa poteva farsi e bisognava dirlo *in ipso thinx*: altrimenti non si sarebbe intesa. Parimenti Roth. 174. Egli comincia dal dire: *Non leciat donatori ipsum thinx, quod antea fecit, iterum in alium hominem transmigrare*; il thinx fatto lo vincolava e solo potea farlo ad un altro, se il donatario

si fosse reso reo di una grave colpa, per cui anche un figlio corporale avrebbe potuto venire diseredato. Anche qui il legislatore parla del thinx in genere, e non si può assolutamente ammettere che ciò ch'egli dice si riferisca solo ad una o ad altra specie di thinx. Per verità ciò asserisce il Palumbo (1); anzi egli osserva che *non lo si può* riferire che al thinx con lidinlaib; ma credo che il Palumbo stesso, pensandoci un po' sù, vedrà tutta la scorrettezza di cotesta sua asserzione, che in fondo si risolverebbe in questo: che il thinx fatto colla riserva del lidinlaib non poteva venir revocato, e il thinx puro e semplice sì, nonostante che questo fosse molto più efficace dell'altro. Intanto Rotari, che avea cominciato parlando del thinx in genere, soggiunge poi: *Ipse* AUTEM *qui garethinx susceperit ab alio « quidquid reliquerit donator in diem obitus sui »* ecc. Ossia al thinx in genere, che poteva avere un carattere assoluto, contrappone di nuovo, come avea fatto nel cap. 173, quell'altro, a cui l'adottante avesse aggiunto una speciale riserva con le parole sacramentali: « *quidquid reliquerit donator in diem obitus sui* », che sono presso a poco le stesse del cap. 173: « *quod in die obitus sui reliquerit* », cioè appunto la clausola del lidinlaib. Qui giunti però non possiamo non tener conto di alcune osservazioni del Palumbo.

Già dicemmo ch'egli è d'avviso che tutto il cap. 174 concerna esclusivamente il thinx *lidinlaib*, e quindi arrivato alle parole: *Ipse autem qui garethinx susceperit ab alio*, crede che anche queste possano intendersi del thinx *lidinlaib* senza bisogno di altra dichiarazione. Anzi, soggiunge, se fosse altrimenti quale sarebbe l'oggetto del *habeat licentiam in suum dominium recollegere?* Noi però abbiamo già detto, e crediamo anche dimostrato con tutta evidenza che, ammessa una distinzione, come anche il Palumbo l'ammette, tra la tingazione pura e semplice e la tingazione con *lidinlaib*, il principio della legge che parla del thinx senza più e proibisce al donatore, che lo avea fatto ad uno, di *transmigrarlo* poi ad un altro, non può assolutamente essere inteso soltanto del thinx con lidinlaib; anzi, soggiungo adesso, può essere inteso molto meno di questo che dell'altro, perchè infine il donatore trattandosi di un thinx *lidinlaib*, avrebbe potuto, in caso di necessità, vendere la terra coi servi e senza servi o darla in pegno (2). Ammesso dunque che la legge cominci dal parlare del thinx in genere, ne viene di logica conseguenza che la seconda parte di essa, la quale restringe il diritto del donatario soltanto a ciò che il donante avesse lasciato al momento della sua morte, debba essere inteso di una specie particolare di thinx, e bisognava che il legislatore lo dicesse. Altrimenti come si sarebbe inteso? E lo dice appunto, secondo noi, con quelle parole: *Ipse autem qui garethinx susceperit ab alio « quidquid reliquerit donator in diem obitus sui »*. Infine ciò che trattiene il Palumbo dal riferire le parole: *quidquid reliquerit* ecc. al garethinx è l'idea che altrimenti mancherebbe l'obbietto del *habeat licentiam in suum dominium recollegere.* Quale sarebbe, domanda egli, questo obbietto? Senonchè lo studio delle leggi e dei documenti dell'epoca langobarda ci hanno avvez-

(1) *Testamento romano e testamento longobardo*, p. 260.

(2) Lo dice Rotari al cap. 173: *si tales ei evenerit necessitas, ut terra cum mancipia aut sine mancipia vindere aut locum pigneris ponere debeat.* Soltanto doveva dirlo prima a colui al quale aveva tingato le sue robe.

zato anche troppo a queste forme elittiche, chiamiamole così, perchè l'osservazione del Palumbo possa renderci esitanti anche solo un momento. Naturalmente colui, che aveva ricevuto il garethinx, aveva licenza di *recollegere in suum dominium* appunto ciò che il donante avea lasciato al momento della sua morte, e che poteva formar oggetto di dominio, nè più nè meno. Dirò più. Le parole *quidquid reliquerit donator* ecc. non possono neppure costituire l'oggetto dell'*habeat licentiam* (*ipse qui garethinx susceperit*) *in suum dominium recollegere*, perchè non tutto ciò che il donante avesse lasciato avrebbe potuto essere oggetto di dominio; e la legge stessa distingue, oltre alle cose, che poteano essere oggetto di dominio, i crediti, che il donatario poteva esigere, e i debiti che dovea (veramente la legge dice anche qui: *habeat licentiam!*) pagare. Aggiungo che, riferito, come vuole il Palumbo, il *quidquid reliquerit* ecc. all'*habeat licentiam in suum dominium recollegere*, bisognerebbe poi ad ogni modo, sottointendere qualche cosa nelle proposizioni successive. L'*Habeat licentiam* può riferirsi tanto al *recollegere in suum dominium*, quanto al *debitum creditoribus reddere et ab aliis exegere*, a condizione, che il *quidquid reliquerit donator in diem obitus sui* non ne costituisca l'oggetto: altrimenti bisognerebbe sottointenderlo per riferirlo anche ai crediti e ai debiti; e dal momento che qualche cosa si dovrebbe, ad ogni modo, sottointendere, perchè non sottointendere quella, che solo può salvare la legge da una flagrante contraddizione, qual'è quella di ritenere che la irrevocabilità fosse ammessa solo per le donazioni con lidinlaib? Il Palumbo soggiunge eziandio che, accettando la nostra interpretazione, si arriverebbe a questa conseguenza di ritenere che il tingato *lidinlaib* avesse anche durante la vita del tingante il dominio delle cose e potesse pagare i debiti ed esigere i crediti, e ricuperare le cose date in fiducia ai creditori, e restituire, alla sua volta, quelle date in fiducia dai debitori. Perchè la legge dice veramente tutto ciò; ma egli non ha posto mente che la stessa legge vincola tutto ciò alla condizione della morte: *quidquid reliquerit donator in diem obitus sui!* Queste parole, anche considerate come parole sacramentali pronunciate all'atto della tingazione, non possono avere meno efficacia che se costituissero veramente l'oggetto di ciò che il donatario può *recollegere*, dando, per così dire, l'impronta della donazione; e tutto è subordinato a questa clausola. Oh come fa il Palumbo a pensare che, mentre il tingante aveva limitato la tingazione a ciò che avrebbe lasciato *in diem obitus sui*, il tingato potesse poi fare quel po' po' di roba ancora durante la sua vita? Del resto il legislatore stesso ha cura di avvertire che, cominciando dalle parole: *Ipse autem qui garethinx susceperit*, intende di alludere ad una specie particolare di thinx, che non avea considerato nella prima parte della legge. Appunto la particella *autem* non potrebbe distinguere più nettamente una specie dall'altra.

Del resto, sia detto a tranquillità dell'amico Palumbo, la legge, è tutt'altro che chiara, e come dà a pensare a noi, lo ha dato, forse anche più, ai vecchi interpreti. La *Expositio* a Roth. 174 accenna ad una grossa controversia che si era agitata in seno della scuola di Pavia, appunto a proposito di questa legge. Si trattava della questione: se essa potesse intendersi infirmata da una legge di Carlomagno (Karoli M. 78), che avea detto, parlando di un Langobardo: *sed postquam unam de rebus suis traditionem fecerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem.* Gli *antiqui iudices*

dicevano, che la legge di Carlomagno l'avea rotta; ma i moderni lo negavano; e non c'è dubbio: i primi si fondavano sulla prima parte della legge, gli altri sulla seconda. In fondo avevano ragione gli uni e gli altri; e d'altra parte avevano torto entrambi, perchè non distinguevano. Certo è, che Carlomagno parla di una tradizione corporale; e se non si avesse riguardo che alla prima parte della legge, che suppone pure una tradizione corporale, essa avrebbe potuto dirsi rotta. Ma la legge, nella seconda parte, non parla più di una tradizione corporale, come risulta dalle parole: *habeat licentiam* (*qui garethinx susceperit*) *in suum dominium recolligere*, e perciò aveano ragione i moderni di dire che il capitolo di Carlomagno non l'avea rotta.

Ma, anche prescindendo da queste leggi di Rotari, ce ne sone altre che rendono più che mai certa la esistenza di una doppia specie di tingazione in uso tra' Langobardi: l'una con la tradizione corporale e l'altra senza.

A un thinx della prima specie alludono tanto la legge 73 di Liutprando quanto la 78 di Carlomagno. Liutprando suppone il caso, che uno, il quale aveva fatto una donazione senza launigild, sopravviva al donatario, e dice: *possit eam a se recollegere*; lo che mostra che glie ne avea fatta anche la tradizione corporale. Carlomagno poi stabilisce altro: nessuno doveva fare due tradizioni delle stesse cose; soggiunge però: *Ita tamen, ut, usufructum si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas.* Anche Carlomagno lascia supporre che il donante si fosse spogliato del possesso. Nè l'Espositore la pensava diversamente. Perchè, appoggiandosi appunto a queste leggi, mostra che ci potean essere tingazioni fatte con la *corporalis traditio*, a differenza di altre, che si facevano con la mera tradizione incorporale. Citiamo la Expos. a Roth. 174 § 1 e 2 e anche la Expos. a Carlo M. 78 § 2. L'Espositore a Roth. 174 § 1 esamina se la detta legge di Rotari sia stata rotta dalla legge 78 di Carlomagno e, contrariamente alla opinione degli *Antiqui*, dice di no, perchè la legge di Carlomagno parla della tradizione corporale, e invece quella di Rotari della tradizione incorporale. Le sue parole son queste: *Non rumpitur, quia nos debemus intelligere, quod ipsa lex* (Karol. M. 78) *loquatur* DE CORPORALI TRADITIONE. *Nam in hoc quod dicit*: « *Usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas* », *ostendit, quod quando donavit fecit ei* CORPORALEM TRADITIONEM, *id est misit eum in possessionem. Sed hec lex* (Roth. 174) *non loquitur de corporali, quod videri potest in hoc quod dicit:* « *In die obitus sui habeat licentiam in suum dominium recolligere* », *et ostendit, quod donator non miserat eum in possessionem.* Lo stesso Espositore al § 2 esamina se la legge di Rotari potesse essere stata rotta dalla legge 73 di Liutprando. Gli *Antiqui* aveano sostenuto anche ciò; ma l'Espositore lo nega: *quod ipsa Lex Liuprandi* DE CORPORALI TRADITIONE *tantum loquatur; quod videri potest per ipsam legem, quia in hoc quod ipsa lex dicit:* « *Et si ille superstes fuerit, qui ipsam donationem sine launechild dedit, possit eam ad se recolligere* », *ostendit, quod, quando donavit,* CORPORALEM DONATIONEM *ei fecit. Sed hec lex* (Roth. 174) *non loquitur de corporali traditione.* Ma anche la Expos. a Carlo M. 78 § 2 accenna a coteste tradizioni corporali, esaminando se il detto capitolo di Carlomagno potesse essere stato infirmato in parte dal capitolo 17 di Lotario. La sua opinione è che non lo sia: *Sed ita salvatur, scilicet quod dicitur capitulum istud* (Kar. 78) *de* CORPORALI TRADITIONE *locutum esse, illud vero* (Loth. 17) *de incorporali*

putandum est. Et quod hoc capitulum de CORPORALI *tantum sit locutum, videri potest iuxta hoc capitulum quod subsequitur; quia in hoc quod dicit: « Ita tamen si usufructum habere voluerit, per precariam res traditas usque ad tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas », datur intelligi donatorem de rebus traditis possessionem a se ante abstulisse.*

Piu sotto esamineremo anche alcuni documenti. Per ora ci restringiamo a citare: Troya *C. D. L.* III. 512 a 737; IV. 684 a. 754; Mem. di Lucca IV. 83 a. 776; Cod. Cav. II. 368 a. 984; 400 a. 988; IV. 675 a 1014; Syllabus graecar. membranar. 227 a. 1190.

Infine può vedersi una formula, che si riferisce appunto ad un thinx fatto con la tradizione corporale, e che abbiamo già citata sotto altri aspetti: *Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes ei terram malo ordine in tali loco. — Ecce cartam quam tu michi fecisti. — Contra legem est ipsa carta, quod non fuerint testes liberi* (1). Si tratta di un thinx, che il donante impugna perchè non era stato fatto alla presenza di uomini liberi, come voleva la legge; ma non c'è dubbio, che era stato fatto con la tradizione corporale, dal momento che il donatario si trovava in possesso dei beni.

Parimenti una Formula Marcolfina II, 13, una Merkeliana 45, una Lindenbrogiana 18, e la Form. Cod. S. Emm. II. 21 risguardano tradizioni corporali.

C'erano però delle differenze. Perchè:

1°. Poteva darsi che il donante avesse trasferito il dominio *completamente* nel donatario insieme col possesso, rimettendosi a lui per il mantenimento, che ad ogni modo avrebbe dovuto somministrargli sotto pena di essere tacciato d'ingratitudine, o tutt'al più riservandosene l'usofrutto.

2°. Poteva anche darsi che avesse fatto la tradizione dei beni a semplice titolo di *condominio*.

Noi esaminiamo l'un caso e l'altro.

12. — La tradizione in piena proprietà con la *riserva dell'usofrutto* è una forma che si trova usata molto frequentemente nelle donazioni *tra' vivi*; e a questo proposito non facciamo che spigolare.

Un documento langobardo dell'anno 713 contiene appunto una simile riserva. Il donante offre tutti i suoi beni presenti e futuri a Dio ed alla chiesa di S. Pietro, che dice anzi di aver costituita sua erede, e ne trasferisce anche il possesso: *quidquid havere visi sumus nel adhuc conquirere potuero ab hodierna die firma possideat*; ma d'altra parte ne riserva l'usufrutto, e non solo per sè, ma anche pei figli e nepoti, che, mantenendosi celibi, volessero vivere a Dio (2). Parimenti Audefredo, chierico langobardo, dona nel 719 i suoi beni, o come egli la chiama, la sua *sors langobardica*, alla chiesa di S. Lorenzo e Valentino di Vaccole; ma ne vuole l'usufrutto per sè (3). Saltiamo all'anno 760. Ato abitatore di Colonia dona la sesta parte de' suoi beni al monastero di S. Michele, da lui edificato, e ne riserva l'usofrutto in vita per

(1) Form. a Roth., 172.
(2) Troya *C. D. L.*, III, 394.
(3) Troya *C. D. L.*, III, 423.

sè e anche per quelli de' suoi eredi, che, presa la tonsura, volessero vivere castamente in quel cenobio (1). Parimenti leggo in un documento dell'anno 769: *Tali ordine (offero) ut dum ego advivere meruero ipsum adquisitum predictum meae reservo potestati usumfructuandi, gubernandi et regendi recto moderamine* (2). E in altro del 772: *In tali tenore donamus atque cedimus ut usufructuario diebus vitae nostrae in nostra sit potestate, non vendendi nec donandi neque commutandi nec per ullum ingenium suptrahendi, sed cultandi laborandi et meliorandi* (3). Altri esempi possono vedersi in Troya III, 527, a. 740; IV, 620, a. 748; 659, a. 752; 695, a. 755; 711, 716, 717, a. 757; 805, a. 763; 829, a. 764; V, 861, a. 766; 869, a. 767; 891, a. 768; 911, a. 769; 916, 948 e 949 a. 770; 984 a. 773.

Evidentemente si tratta di una pratica generale che ricorre nelle donazioni (4), se anche non si trattava di creare un erede (5); ma essa si trova del pari nella *adoptiones in hereditatem*, e dopo quanto abbiamo detto non farà meraviglia che vi si trovi.

Una carta langobarda dell'anno 737 porta che certo Filimaro cedette appunto i fondi che possedeva in Cerqueto ai suoi figli adottivi Sichiperto, Causolo e Sichifrido. Dice espressamente: *ita ut hodierna die habeatis, teneatis, possedeatis tam vos qui supra seo filiis eredis vestris*; ma ne conserva l'usofrutto in vita e chiama provvida la forense antichità, che permise all'uomo privo di figli di adottarne: *provida legum bene sanxit antiquitas forensis contemplationem ... (ut) suscepiat filium ille qui non habet descensoris* (6). Più tardi poi ci abbattiamo in una esplicita dichiarazione di Carlomagno che voleva concessa la facoltà all'adottante *per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi* (7).

Del resto altre volte l'adottante, pur trasmettendo la piena proprietà dei beni nell'adottato, non si riservava l'usofrutto, ma si rimetteva all'adottato per il mantenimento, e pattuiva che dovesse somministrarglielo, sotto pena di perdere i beni.

Nelle Formole di Marcolfo ne abbiamo una: *Si quis extranio homine in loco filiorum adoptaverit* (8), che riguarda appunto una adozione fatta direttamente con la tradizione corporale dei beni e con questa riserva. Si tratta di un padre, a cui erano mancati i figli, e si trovava ridotto in povertà e per giunta malato. Si accorda con un altro, che lo avrebbe adottato *in loco filiorum, ita ut dum advixero, victum et vestimentum tam in dorso quam in lecto, seu calciamentum mihi in omnibus sufficienter impercias et procures, et omnes res meas, quascumque habere videor, tam manso, vinea, prata, peculio seu reliqua suppellectile domus mei, salvo iure*

(1) Troya *C. D. L.*, V, 745.
(2) Troya *C. D. L.*, V, 910.
(3) Troya *C. D. L.*, V, 950.
(4) Molti dei documenti citati, e anche altri, furono pure ricordati dal Blandini nel suo studio: *Il tempo nel diritto privato langobardo*, p. 25 in nota; ma egli crede erroneamente che si tratti di tingazioni con *lidinlaib*.
(5) Vedi però Troya *C. D. L.*, III, 394.
(6) Troya *C. D. L.*, III, 512.
(7) Leg. lang. Car. M. 78. Vedi anche la Exp. ad dict. leg. §. 2.
(8) Form. Marc. II, 13.

illo, me vivente, in tua potestate recipere debias. Aveva anche ordinato che gli si facesse questa epistola, perchè nè egli nè alcuno de' suoi eredi potessero mai mutare la presente *convenientia* corsa tra essi, sotto pena di pagare una multa, e nondimeno la rivendicazione non doveva sortire il suo effetto. Ma anche la Formula Merkeliana 45 contiene una *Epistola tradictionalis* simile a questa. Nè gran fatto diversa è la *tradicio respectuali* nelle Formulae Salicae Lindenbrogianae (18). Un tale non aveva potuto aver figli e si trovava oppresso dalla miseria e da malattie; perciò ne adotta uno con la presente epistola: *in loco filiorum vel filiarum.* Gli dona tutte le cose di sua proprietà paterne e materne, e vuole che passino nel suo dominio *per hanc cartolam cessionis sive per festucam adque per andelangum.* Insieme però vuole, *ut quamdiu advixero, victum mihi potum et vestimenta et calciamenta in omnibus sufficienter procurare debeas, ut exinde mihi omnibus diebus vite meae nihil deficiat.* Aggiunge: *quod si hoc non feceris, ipsas res, quas tibi delegavi, ad integrum perdas.* Infine dichiara di avergli fatto fare la presente epistola, perchè nessuno de' suoi eredi avesse ad intaccare questa *convenientia*; chiunque lo avesse osato, doveva pagargli tanto quanto valeano quelle cose, e anche pagare una multa al fisco, senza poter rivendicar nulla. L'*epistola adoptionis* doveva nondimeno rimanere ferma e stabile. Inoltre può vedersi la Form. Cod. S. Emm. II, 21, che, sebbene frammentaria, non differisce dalla precedente. L'adottante trasmette *per epistolam* tutti i suoi beni all'adottato in proprietà; ma a condizione che non gli faccia mancar nulla, e altrimenti doveva perderli. Morto lui, doveva conservare la potestà di tutto, secondo che gliene avea fatto la tradizione, senza che alcuno de' suoi eredi potesse impugnarla sotto minaccia di pena, e nondimeno la presente *epistola adoptionis* doveva rimaner stabile.

13. — Un'altra forma vincolava meno; e tal era la *traditio corporalis* fatta a semplice titolo di *condominio.* In questo caso l'adottato acquistava nuovamente la proprietà, e veniva messo nel possesso dei beni; ma divideva l'una cosa e l'altra con l'adottante. Era una posizione economica più vantaggiosa, che questi conservava di fronte all'adottato; e soleva farsi sia nelle affigliazioni, sia negli affratellamenti.

A questa specie di adozione crediamo si riferisca una carta dell'anno 984, che può vedersi nel *Cod. Cav.* II, 368 p. 210. Vi si legge tra le altre: *Ante os annos domnus Gisolfus et domna Gemma, qui fuerunt vir et uxor, gloriosi principes adfiliaberunt me sibi in filio, et tandem donaberunt et confirmaberunt mihi per firmam scriptionem, que aput me retineo, omnes res suas.* Chi parla è Pandolfo figlio del principe Pandolfo di buona memoria. Egli donò poi questi beni, che aveva ricevuto da Gisolfo o Guaimario conte, figlio d'Imperatore, e a Guaiferio conte e tesaurario, figlio del fu Guainario, ricevendone *pannum sericum unum* a titolo di launegildo. Un altro doc. dell'anno 988 nel *Cod. Cav.* II, 400, p. 255 è anche più esplicito. Faracco, figlio del fu Stefano, si affiglia Giovanni, figliuolo di Sasso Magelchisa, come figlio legittimo maschio in tutte le sostanze mobili ed immobili. Il doc. dice: *Affiliavit mihi Johannes ... in omnibus rebus substantiis meis stavilis et movilis, sicut filium meum legitimum masculinum.* Perciò il detto Faracco donò e consegnò a Giovanni con la presente carta davanti a testimoni tale *sorte* di tutti i suoi beni quale avrebbe dovuto avere qualunque altro de' suoi figli maschi legittimi; ed eccone le parole: *Et ideo ego superius Faraccus, bona mea volumptate, ante subscripti testes per anc cartula*

donavit et tradidit tibi predicto Johanni talem sortionem de omnibus rebus substantiis meis stavilis et movilis, quale et unum de filiis meis legitimi masculini de rebus mea tollere et habere debuerit. In conferma di questa donazione dice di aver ricevuto da Giovanni *iusta legem launegild camiso uno*, e anche gli era stato imputato il buon servizio, che egli e sua moglie gli avean promesso di fare in tutti i giorni di sua vita. Continua osservando, che essi doveano vivere e lavorare insieme e anche mangiare allo stesso desco: *et in unum resideamus, et abitemus, et lavoremus, et ad una mensa vivamus, sicut bonus filius cum patre suo; et omnia quem necesse fuerit, sibe de casa sibe de campu, de communiter illos faciamus, sicut inter nobis convenit in omnem deliverationem.* Poi segue: *Finitaque mea donatione per susceptum launegild ea ratione, ut a nunc die presenti et perpetuis temporibus tu qui supra Johannes quam et tuis heredibus predicta mea donatione ... in omnibus sicuriter et firmiter eos habere et possidere valeatis, et post meum obitum faciatis exinde omnia quod volueritis.* Faracco dà anche la wadia a Giovanni e pone a mediatore un suo nipote, obbligandosi a dargli in moglie legittima una sua figliuola di nome Bona. Si obbliga eziandio ad *antestare* e *difendere* la detta donazione *ab omnis homines*, sotto pena di 20 soldi d'oro. Se Giovanni morisse senza eredi la donazione, *quod est affiliatione,* doveva tornare per intero in potestà del donante e de' suoi eredi. Se invece avesse degli eredi, è detto di nuovo che egli e questi suoi eredi dovessero averla securamente e fermamente. Così pure uno *scriptum testamenti* dell'anno 1014, nel *Cod. Cav.* IV, 675, p. 236, accenna ad una affigliazione. Il testatore dichiara di avere una figliuola di nome Maria che lasciava nella sua casa *in capillo*, e un altro figlio maschio di nome Giovanni, chierico, *et Mari cognato meus que per firma cartula de antea affiliabi in omnibus rebus et causa mea stabile et mobile talem sortionem, quale et ipse Ioannes clericus filio meus.* Inoltre risulta da certa carta di vendita dell'anno 1034, nel *Cod. Cav.* 866, p. 255, che il padre del venditore era stato *adfiliatus* di Andrea figlio di Leone Algelmo, e che la terra che veniva venduta era stata di Andrea. Suo padre l'aveva avuta appunto da Andrea.

Altri esempi sono di affratellamenti; e uno è già dell'epoca langobarda. Nell'anno 754 certi Romualdo e Radulo coloni del monastero di Farfa, considerando che non bastavan da soli a pagare il censo e le angarie della loro *portiuncula,* si *affratellano* un Marzianulo, loro zio materno, dichiarando che sarebbe stato erede per la terza parte. Le parole son queste: *Te... in ipsa substantiuncula nostra affratamus et in tertia portione te heredem esse volumus.* Aggiungono, che porterà, anch'egli, i censi e le angarie insieme con essi e al pari di essi. Che se in seguito volessero dividere, dividerebbero ogni cosa, come è detto più su (1). Un'altra carta di affratellamento è posteriore di pochi anni. Un documento lucchese del 759 dice che Deusdede prete, Deusdona suo fratello, Filiperto chierico e suo figlio Wiliperto, dopo aver eretto e dotato la chiesa di s. Pietro nel vico Asulari, convengono tra loro che la governerebbero *in omnibus et per omnia per comune consilio,* e ne curerebbero i beni *tamquam bonus germanus qui de uno germine sunt procreatos.* Insieme provvedono al caso della morte: *Et si qualiter deo fuerit precetione unus aut plures de*

(1) Troya, *C. D. L.* IV, 681.

nus de seculo recesseret, ille qui de nus supervixerit similiter et ordinationem et alias suprascriptas capitulas facias omnia per comune consilio, sicut supra decrevimus. Aggiungono che non dividerebbero mai tra loro la detta chiesa (1). Simile a questa è un'altra carta di affratellamento che si ha nelle *Memorie di Lucca* IV, doc. 83. p. 133 a. 776. Rachifredo chierico, figlio del fu Fredulo *negutianti*, dichiara di costituire e confermare con la presente carta il chierico Magniprando nella sua chiesa di S. Dalmazio di Lucca e nelle case e negli uomini che le appartenevano, colla condizione *ut cunctis diebus vite nostre tu mecum ividem communiter habitare et vivere debeas, et ipsa Ecclesia et omnia res ad ea pertinente gubernare et meliorare et imperare debea(s)... disciplinare tamquam viri duo* FRATRES, *sic mecum tu debeas de ipsa Ecclesia et de ipsa res et de ipsos homines habeas potestate faciendi.* E soggiunge più sotto: *in ipsa prefata Dei Ecclesia vel in omnia res et homines ibidem pertinente, ut supra dixi, tu mihi ividem* FRATER ET HEREDEM *esse debeas, sic enim ut ipsa Ecclesia, nec nullis rebus, nec homines ad ea pertin(entes), tam mobilem quam et inmobilem* PER NULLO ORDINE NULLO TEMPORE DEBEAMUS DEVIDERE, *sed sicut supra dixi* COMMUNITER IBIDEM HABITARE *debeamus, et* OMNIA *quidquid ibidem est pertinentes* POSSIDERE *et* IMPERARE *debeamus.* Dice eziandio che, se fosse morto prima, lo istituiva in detta chiesa e in tutto ciò che le apparteneva; ma viceversa, se fosse morto prima Magiprando, tutto doveva tornare in sua potestà. Insieme dichiara che se avesse osato di cacciarlo per qualsivoglia causa, o tentato di sottrarre qualche cosa di ciò che apparteneva alla detta chiesa, gli pagherebbe 100 soldi d'oro, e nondimeno la presente carta doveva mantenere la sua validità. Un documento napoletano dell'anno 982 ricorda ben dieci persone, che davanti a parecchi buoni uomini dichiarano come l'abate Giovanni di S. Maria li avesse affratellati per metà di una terra posta nel territorio lauretano: *talem placitum facimus tibi domino Iohanni... de ipsa pecia de terra arbustata posita in dumucella... territorio lauritano, eo quod nos adfratastis in medietatem de ipsa pecia de terra.* E aggiungono *in tali vero ordine nos ibidem affratastis in ipsa medietate vestram de ipsa pecia de terra... ut nos et heredes nostri ipsam medietatem vestra pastenare deveamus bitis et arbori* (2). Similmente potrebbe ricordarsi un documento di Nocera dell'anno 985 in cui certo Falco figlio di Fasano, Giovanni figlio di Corbino, Mirando e Pietro fratelli figli di Maraldo, e Maio e Madelfreda fratelli figli di Madelmo si dichiarano *toti fratres et sortifices in una hereditate*, e come tali offrono un pezzo di terra di loro proprietà alla chiesa di S. Adiutore in Puciano *pro remedium salutis hanime nostre et de nostris parentibus* (3). Pei tempi posteriori basterà ricordare una carta dell'anno 1190 (4). Andrea Turaro e i suoi figli si associano il prete Gregorio figlio di Zeminito e gli eredi di lui, per coltivare un fondo ricevuto dal monastero di S. Fantino. Andrea dice: Perciò ti abbiamo aggiunto a noi *come fratello*, te e i tuoi eredi: *καὶ ὑπερ τούτων ἔθυσαμεν σε ἀδελφους καὶ κληρονόμους σου ἐις τὸ μὲρος μου.* Aggiunge:

(1) Troya, *C. D. L.* V, 737; anche nelle *Mem. di Lucca* V, 2, doc. 62, p. 38.
(2) *Regii Neapol. Arch. Mon.* III, 191, p. 24.
(3) *Cod. Cav.* II, 376, p. 224.
(4) *Syllabus graecar. membranar.* n. 227, p. 303.

« Dopo fatta la partizione col proprietario del fondo, divideremo egualmente la parte del fondo e degli alberi (che ci sarà toccata), e per le spese mi pagherai 4 tarì ». Sicchè non c'è dubbio: l'idea del condominio campeggia anche qui: si trattava di una di quelle concessioni di terre, che si dicevano *in partionem;* e tutti, adottanti e adottato, doveano partecipare ugualmente alla porzione che fosse loro toccata. Intanto doveano lavorare in comune.

14. — Un'altra specie di tinge che si faceva pure direttamente era quella *lidinlaib*, un tinge che lungi dall'avere un carattere assoluto, trasferiva anzi la proprietà condizionatamente, sospendendone gli effetti fino alla morte.

Tale riserva era espressa appunto con le parole *lidinlaib* = letztlebend: *Et dixerit in ipso thinx « lidinlaib », id est « quod in die obitus sui reliquerit »* (1), che trovano il loro riscontro in queste altre: *Ipse autem qui garethinx susceperit ab alio « quidquid reliquerit donator in diem obitus sui »* (2). Il disponente intendeva di limitare il donatario a quelle sostanze che avrebbe lasciato nel giorno della sua morte.

Queste tingazioni si faceano solo con la *traditio incorporalis;* o, se più vuolsi, si trasmetteva la nuda proprietà delle cose donate; ma una immissione nel possesso non c'era.

La legge stessa parla di una *proprietas* del donatario (3) e del suo *dominium* (4), ma d'altronde il possesso dei beni restava al donante, tanto è vero, che morto lui, il donatario le doveva appunto *recollegere* (5). Lo stesso Espositore nota espressamente, parlando del *thinx lidinlaib*, a proposito della legge 174 di Rotari: *non debemus intelligere quod ipsa lex loquatur de corporali traditione.* Si trattava soltanto di una *traditio incorporalis*, e lo spiega riferendosi alle parole stesse dell'Editto, là dove dice che, morto il donante, il donatario ne poteva *recollegere* i beni *in suum dominium.* Ciò significa, è sempre l'Espositore che parla, *quod donator non miserat eum in possessionem* (6).

L'adottante poi, appunto in forza della riserva che avea fatta, manteneva il diritto di disporne anche altrimenti in caso di necessità. Ciò risulta da Rotari 173. Ecco ciò che dice: « Nonostante che sia un *thinx lidinlaib* il donante deve godere dei beni *cum ratione*, e non sciuparli dolosamente »; ma d'altronde riconosce che possa vendere le terre e i servi o darli in pegno per provvedere alle sue necessità. Soltanto vuole che ne avverta prima il donatario perchè veda di aiutarlo. E la legge ci ha anche conservato la formula sacramentale, che doveva pronunciare, implorandone la assistenza: « *Ecce vedis quia necessitate compulsus res istas vado dare; si tibi vedetur, subveni mihi et res istas conservo in tuam proprietatem* ». Se il donatario non lo aiutava, il donante poteva alienare le sue robe, e l'alienazione era valida. La

(1) Roth. 173.
(2) Roth. 174.
(3) Roth. 173: *Conservo in tuam proprietatem.*
(4) Roth. 174: *Habeat licentiam in suum dominium recollegere.*
(5) Roth. 174.
(6) Expos. ad Roth. 174, § 1.

legge continua: *Tunc si noluerit subvenire, quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum qui acceperit.*

Se non andiamo grandemente errati, tutto ciò accenna anche ad un rapporto di condominio, ma piuttosto ideale, simile a quello che esisteva tra padre e figlio. L'adottante, mediante la tradizione, aveva costituito l'adottato proprietario dei beni; ma d'altronde egli stesso non cessava di essere tale: non perchè ne godesse, perchè ciò non implica ancora la proprietà; ma perchè conservava il diritto di venderli e darli in pegno se non altro in caso di necessità, e talvolta si riservava anche più. Insieme ne aveva il possesso. Ma questo è precisamente il rapporto che esisteva, nei riguardi economici, tra padre e figlio. E non dee far meraviglia che fosse così. Non dobbiamo cioè dimenticare che l'*adoptio*, come fu introdotta dapprima, tendeva a procacciare all'adottato la posizione di un figlio nella famiglia. Certo nell'antico diritto non si sarà potuto adottare uno che in questa qualità. Si trattava appunto di dare un figlio a chi non ne aveva; e ancora Roth. 174 assimila l'adottato ad un figlio. Così la tradizione incorporale, accompagnata dal diritto che il padre si riservava di alienare i beni in caso di necessità, non procacciava all'adottato che un diritto di figlio. Ossia gli procacciava bensì un diritto di proprietà; ma piuttosto eventuale che attuale: un diritto che obbligava l'adottante ad usare dei beni *cum ratione* e non disperderli dolosamente; ma che in fondo, più che ai beni presenti, si indirizzava a quelli che il padre avrebbe lasciato alla sua morte, perchè l'adottato non poteva *recollegere* se non i beni che ci fossero ancora nella eredità, al momento della morte dell'adottante (1). Se più vuolsi, il suo diritto non era definitivo; ma dipendeva da due circostanze: una di fatto, cioè la morte del padre; l'altra di diritto, cioè che il padre non avesse disposto altrimenti dei beni nei casi in cui poteva disporne. Che se la prima non poteva avere altro effetto che di sospendere la efficacia del negozio senza impedirlo o mutarlo come che sia; l'altra poteva renderlo addirittura inefficace, al pari di qualunque condizione risolutiva. In fondo è quella stessa *famis necessitas*, che anche per la Lex Sax. 62 dava diritto ad uno di fare la tradizione della *hereditas* alla chiesa o al Re, diseredando così il suo erede, *ut ab illo qui hoc acceperit sustentetur.*

Aggiungo che, verificatasi la morte dell'adottante, l'adottato poteva senza più e da se *recollegere in suum dominium* ciò che l'adottante avea lasciato (2), senza bisogno di una reale investitura, che d'altronde non si saprebbe chi avesse dovuto farla, perchè infine l'erede era lui. Ciò che, nelle altre specie di tingazioni, si verificava subito mediante la *traditio cartae*, che era insieme tradizione e investitura, cioè investitura simbolica, si verificava qui alla morte dell'adottante; e si verificava senza bisogno d'altro. La *carta traditionis* riceveva appunto il suo compimento con la morte dell'adottante: il terreno era oggimai sgombero; l'attuale possessore aveva abbandonato il possesso, e non restava se non che l'adottato lo prendesse.

Il *condominio*, che veniva così a stabilirsi tra l'adottante e l'adottato, era proprio

(1) Roth. 174.
(2) Roth. 174.

quale esisteva tra padre e figlio. Su ciò non mettiamo dubbio; ma del resto possiamo anche suffragare la nostra opinione con qualche esempio.

Uno è dell'anno 770. Certo Vadipert fa donazione a Bonipertolo e Liutperto suoi nepoti, che il fratello Baroncello aveva procreato con una loro serva, sì delle sostanze proprie, come di quelle che erano state possedute dal fratello, e ne dice la ragione: *quia neque filios neque filias non procreavi, proideo consideravi ut ris mea iniudicata non relinquam.* Si tratta di una vero *adoptio in hereditatem*, e a guardar bene di una adoptio con *lidinlaib.* Il donante dice che alla sua morte *in omnibus vos mihi succidatis tamquam si de semine meo procreati fuissitis, et in omnia ut dixi mihi heredes legitimi succidatis, tam in casis quam vineis pratis pascuis silvis, movilia et inmovilia, omnia et in omnibus de quantum presenti die abeo vel aviturus fuero.* Nondimeno fa una riserva: *tantumodum hoc volo, ut dum ego advixero omnia dona mea in mea sit potestatem iudicandi pro anima mea vel disponendi qualiter voluerimus et vos una cum ipsis ribus bene deservire dibeatis sicut ad benefactorem suum; pos viro decesso meo quidquid iniudicatum reliquero et per cartulam non firmavero in vestro dominio vel de heredibus vestris persistat.* E anche più sotto ripete lo stesso: *in tali tinore vel protexto... secundum qualiter superius dixi, ut diebus vite mee omnia in mea sit potestatem, nam pos meo decesso quid iniudicatum reliquero in tantum vos contempti permaneatis.* Aggiunge che nessuno de' suoi eredi e proeredi debba muover loro controversia, e che debbano rimaner sempre nella presente ordinazione per tutta la loro vita senza molestia da parte di chicchesia (1). Ma questa medesima specie di adozione è forse contemplata anche in una carta dell'anno 783 (2), in cui si legge, che certo Bonichis sacerdote, col consenso del vescovo, confermò il chierico Austreperto nella sua chiesa e nelle terre che le appartenevano, e insieme lo costituì suo figlio adottivo ed erede e successore: *sibi per cartolam adobtivum filium heredem et successoren confirmavit.* E la stessa pratica si trova anche più tardi, molto tardi, quando cotesti condominî famigliari aveano, si può dire, ceduto il campo. Infatti ancora nell'anno 1142 (3) un Guglielmo di Favale adottò Filippo figlio di Nicolò « perchè gli servisse in luogo di *figlio carnale* », promettendo espressamente che gli avrebbe dato moglie e lo avrebbe fatto *consorte*, ossia comproprietario, de' suoi beni, come se fosse suo figlio. Doveva però comportarsi bene, come si addiceva a figlio fedele. Se fosse stato colto in furto o altro grave mancamento, nè avesse voluto ottemperargli come si conveniva, e anche se avesse lasciato la casa, egli, dal canto suo, non sarebbe stato più tenuto a dargli nulla. Aggiunge, che lo avea ricevuto dalle mani del padre davanti a Gualterio Balterino, Giovanni figlio di Giorgio prete, e Giovanni di S. Arcangelo, che fanno da fideiussori; e anche più testimoni degni di fede erano presenti. L'atto finisce con queste parole: E così riconosco questo figlio qui presente, vivo e morto, e lo ricevo nella potestà mia e de' miei figli, per tutti i secoli.

(1) Troya, *C. D. L.* V, 929.
(2) Muratori, *Ant. Ital.* VI, 405.
(3) *Syllabus graecar. membranar.* n. 142, p. 189.

Ad altre leggi si riferiscono una formola merkeliana e una formola turonense, che crediamo opportuno di ricordare, perchè si veda quanto questo istituto fosse esteso.

La formola salica Merkeliana riguarda apppunto un *affatimum post obitum*. È l'avo che parla, indirizzandosi ai nepoti: « È noto che il tal dei tali vostro padre e mio figlio è mancato ai vivi e voi non potevate affatto conseguirne l'allodio: perciò pensando alla causa della consanguineità, vi darò con questo affatimo tutta la (vostra) porzione, sia in terre, sia in case e altro in quel luogo, in quel pago, in quella centena. E continua: *Quicquid in iam dicto loco genitor vester et filios meos illos et illos dividere et exsequare deberet, vos quoque, nepotes mei, per hanc affatimum* POST (DIEM) OBITUS MEI *dividere (et) exsequare faciatis.* Dichiara eziandio che nessuno de' suoi eredi debba impugnare questo affatimo, sotto pena di pagar una multa, e nondimeno non dovevano rivendicar nulla, rimanendo l'affatimo fermo e inviolato in ogni tempo. Insomma la validità dell'atto resisteva a qualunque opposizione che potesse farsi dagli eredi legittimi. Le parole della formula son queste: *Sed si fuerit aliquis de heredibus meis qui contra hunc affatimum venire aut refragare praesumpserit, socio fisco solidos tantos contra quem litem intulerit suis partibus multa conponat, et ille qui repetit nihil vindicet, sed praesens affatimus diuturno tempore firmus et inviolatus valeat permanere* (1). Quant'è alla formola Turonense, anch'essa contiene una *Epistola qualiter extraneo homine quis in locum filii adoptetur*, e anch'essa si riferisce ad una adozione *post obitum*. Un tale rimasto senza figli adotta il figlio di un altro col consenso del padre *cum curia publica*. Il figlio sarebbe uscito dalla potestà del padre naturale e passato nella sua: *ea vero ratione, ut, quandiu advixero fideliter mihi praestet solatium vel adiutorium et omnes res meas diligenter excolat, et* POST OBITUM *quoque meum, sicut a me genitus fuisset, ita in omni hereditate mea per hanc epistolam adoptionis sit successurus, vel quicquid de supradictis rebus meis* QUANTUMCUMQUE MORIENS DERELINQUERO, *facere voluerit, iure proprietario, absque repetitione heredum meorum liberam et firmissimam in omnibus habeat potestatem.* Minaccia anche una pena a chi avesse contravvenuto a questo suo atto, e nondimeno la presente adozione *gestis alligata* doveva rimaner ferma (2). Non c'è dubbio: l'adottante mette a parte l'adottato dei beni; e l'adottato deve prestargli aiuto, e anche coltivare i detti beni; ma, se pure la proprietà passava subito in lui, non vi passava che condizionatamente. Bisognava che l'adottante morisse, perchè potesse considerarsi come padrone: in fondo non aveva diritto che a ciò che il defunto avrebbe lasciato: *quantucumque moriens derelinquero*, parole che ricordano quelle altre: *quod in die obitus sui reliquerit*, con cui Rotari spiegava il concetto del *lidinlaib*. D'altronde succedeva col diritto di un figlio, non altrimenti che se l'adottante lo avesse *generato*.

15 — Infine c'è una forma di *tradizione indiretta*, che poteva farsi al Re o anche ad un privato. Ne parlano specialmente le fonti Franche; ma non ne mancano traccie neppure tra' Langobardi, e avremo cura di ricordarle più sotto. Si tratta di

(1) Form. Sal. Merk. 24.
(2) Form. Turon. 23.

una forma più complessa, ma insieme più libera; e già abbiamo detto, che a nostro avviso rappresenta uno stadio ulteriore di sviluppo in confronto delle altre, molto più semplici e che vincolavano di più il donante. In generale arieggia, sotto certi aspetti, il *testamentum per aes et libram* dei Romani nella sua forma più antica. Il donante poteva rivolgersi addirittura al Re, e fargli la tradizione dei beni, pregandolo di darli, quando fosse morto, al destinatario; e intanto se ne riservava l'usofrutto. Appunto cotale procedimento ricorre in Marcolfo in un *praeceptum*, che dicesi *de laesiuverpo per manum regis*: una formula che troveremo nell'*in laisum iactare* della legge Salica. Colui che voleva così disporre de' suoi beni si recava al palazzo regio; dove, alla presenza dei maggiorenti, dopo aver nominato le terre che voleva donare, gettava la festuca nel grembo del Re, il che dicevasi appunto *laesiuverpire* o *condonare*. Insieme si riservava il diritto di tenerle col permesso del Re *sub usu beneficii* per tutta la vita: il Re le avrebbe poi trasmesse al terzo, secondo la volontà del donante, con piena facoltà di trasmetterle ai posteri o a chi volesse (1).

Questa era una forma di tradizione indiretta. Un'altra si trova nella legge Salica 46 *de afathamire*, svolta con molti particolari; ma anche in modo da far luogo a molti dubbi. Lo che spiega la ricca letteratura che abbiamo su essa, e che non accenna a scemare. L'ultimo lavoro ha veduto la luce appunto in questi mesi per opera di Riccardo Schmidt, giurista tedesco, sul quale avremo occasione di tornare più volte nel corso di questa trattazione. Ha per titolo *Die Affatomie der Lex Salica*. München 1891.

16. — Un dubbio riguarda già le origini. Non si può dire con certezza se l'istituto, quale si trova nel tit. 46 della legge, appartenga all'antico diritto Salico, o non sia anzi una formazione più recente; ma infine la legge stessa si esprime in modo da lasciar, se non altro, supporre che non si tratti di una forma originaria. E vi accenna fin dalle prime. Essa comincia testualmente così: *hoc* CONVENIT *observare;* e queste parole, che ricorrono anche in altri luoghi, non pochi (2), se pure hanno un senso, non possono avere se non quello di un libero accordo dei comunisti (3) diretto a modificare un principio dell'antico diritto.

17. — La legge stessa distingue propriamente tre atti:

Il primo si compiva nel *mallus indicatus*, ossia convocato a bella posta: una specie di *comitium calatum*. Devono convocarlo il tungino o centenario; e insieme è detto che doveano tenervi uno scudo, e che tre uomini doveano domandarvi tre cause. Pensiamo che lo scudo fosse il simbolo della potestà giudiziaria. Quanto alle cause, erano una solennità richiesta per stabilire, più ch'altro, la competenza del giudizio, laonde siamo d'avviso che si domandassero *pro forma*. Colui, che voleva disporre de' suoi beni, dovea venirci con un uomo *qui ei non pertineat*, cioè dire

(1) Form. Marc. I, 13.

(2) Per es. II, 6; IV, 3; VIII, 2; X. Agg. 4*; XIII, 5 (1); XIV, 2; XVI. Agg. 1; XVII, 2*; XXVII, 15; XXXIII, 1; XXXVIII, 2*; XLII, 3 (4); XLIII, 1 (12).

(3) *Convenire* ha appunto questo significato. Si veda Lex Sal. XXV, 2; LIII, 6; LV, 2 e Capit. II, 8, §. 1. La Lex Sal. XLV. Agg. 1 ha *antequam conventum fuerit*, e vuol dire prima che i comunisti sieno messi d'accordo.

non soggetto alla sua podestà, ma di sua libera scelta (1); e alla presenza di tre testimoni lo invitava a ricevere il patrimonio. La legge continua: *Et sic fistucam in laisum iactet. Et ipse in cui laisum fistucam jactavit, de furtuna sua dicat verbum, quantum voluerit aut totam furtunam suam, cui voluerit dare.* Gli gettava nel grembo la festuca, simbolo della tradizione, e insieme dichiarava solennemente se voleva disporre di tutto il suo patrimonio o soltanto di una parte e in favore di chi. Il terzo, in favore di cui disponeva, è detto *heres*, ed egli stesso doveva designarlo così ad alta voce, in modo che i testimoni potessero udirne il nome.

In sostanza, si trattava di un rapporto che teneva insieme dei diritti reali e delle obbligazioni; ma già qui ci abbattiamo nell'opinione contraria dello Schmidt, che del resto è anche l'opinione dell'Eichhorn e del Beseler, per tacere di altri, che non concepiscono questo atto se non dal punto di vista reale e non lo spiegano che con criterî reali. Ma, a ben guardare, non è così. Certamente la tradizione all'intermediario, era di diritto reale: tanto è vero che gli faceva acquistare la proprietà dei beni; ma d'altra parte non c'è dubbio, che, lungi dall'essere una tradizione pura e semplice, era una tradizione *in manum fidelitatis*. Ciò vuol dire che, se anche l'intermediario acquistava subito la proprietà dei beni e poteva prenderne possesso, assumeva però degli obblighi riguardo ad essa. Forse doveva lasciarne il godimento al disponente finchè viveva; e ad ogni modo doveva disporne a favore dell'erede che egli stesso gli avea designato. In fondo era una promessa che correva tra il disponente e l'intermediario, e le fonti stesse vi accennano con le parole: *de facultatem quantum ei creditum est*, oppure: *ipse cui isto creditum est*, e anche *nec minus nec maius nisi quantum ei creditum est.* Anzi era una promessa, che vogliamo ritenere solenne: una *fides facta;* tanto è vero che l'intermediario si trova anche detto qua e là *fidelis manus* (2). Questa poi non apparteneva affatto al dominio dei diritti reali, ma a quello delle obbligazioni, nè più nè meno della *clausola fiduciaria* nell'antica fiducia.

18. — Così si compiva il primo atto. Il secondo seguiva nella casa del disponente; ma si disputa sul suo significato. La legge dice che l'intermediario, dopo ricevuta la festuca, doveva insediarsi nella casa del tradente e dar da mangiare a tre o più ospiti, alla presenza di testimoni; ma perchè? Io penso, che si trattasse della presa di possesso, che, secondo le teorie germaniche, doveva accompagnare sempre la tradizione e compierla; ma anche qui ci è forza segnalare l'opinione contraria dello Schmidt. Egli dice che l'atto di insediarsi nella casa e dar da mangiare a tre ospiti, presenta piuttosto il carattere dell'esercizio della proprietà, che non quello della presa di possesso; ma allora, domando io, quand'è che il possesso sarà stato preso? E infine lo stesso Schmidt ammette che dovesse esserlo. Lo sarà stato fin dalle prime, con la tradizione? Ma la tradizione è una cosa e la *vestitura*, ossia il possesso, è un'altra; e con la tradizione si acquista il diritto, non anche il possesso. D'altronde, c'è poi una grande differenza tra ciò, che lo Schmidt dice esercizio della proprietà, e ciò che vorrebbe essere la presa di possesso? Se non andiamo errati, la presa di

(1) *Quem jam elegit* è detto nel §. 2.

(2) Per tutto ciò v. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig 1885 I, p. 221.

possesso serviva appunto allo scopo di assodare l'esercizio del diritto con qualche atto concludente; e lo dice la legge: il salmanno doveva mostrare che aveva veramente *in potestatem suam* quanto gli era stato affidato. Perciò si stabiliva nella casa del defunto, accogliendovi tre o più ospiti; e nuovamente alla presenza di tre testimonî diversi dai primi, che, occorrendo, potessero testificare: *quod in casa illius qui fortuna sua donavit ille in cuius laisu fistuca jactata est ibidem mansisset, et hospites tres vel amplius ibidem collegisset, et in beodum* (1) *pultis manducassent, et testes collegissent, et illi hospites ei de susceptione gratias egissent.* Infine cotesti atti, con cui la legge voleva assodato il possesso, non erano molto diversi da tanti altri, che si trovano nelle fonti, per es. quello di sedersi sur una scranna, o percorrere il fondo con un carro, o farlo arare ecc. *in signum realis et vere apprehense possessionis* (2). Soltanto potrebbe dubitarsi, se codesta presa di possesso dovesse farsi durante la vita del tradente, e non anzi dopo la morte di lui; ma pensiamo che si dovesse fare ancora durante la sua vita: non già perchè la legge lo dica; ma perchè si sa che il diritto germanico non obbligava gli eredi a riconoscere le alienazioni dei beni, se l'acquirente non avesse dimostrato col fatto di esserne proprietario. Gli eredi non cedevano che davanti al fatto: senza questo avrebbero potuto impugnarle.

Non dubito poi che si trattasse di cosa affatto transitoria. La legge dice bensì: *ipse in cuius laisum fistucam iactavit, in casa ipsius manere debet*; ma, checchè si pretenda da altri, e anche dallo Schmidt, non sappiamo indurci a ritenere che quel *manere* accenni proprio ad una condizione durevole di cose, e che il salmanno dovesse abitare stabilmente nella casa del disponente. Infine la legge stessa non si restringe a dire, che doveva *rimanere* nella sua casa senza più; ma aggiunge, che doveva rimanervi per compiervi certi determinati atti, cioè per albergarvi degli ospiti in segno che avea veramente quei beni nella sua potestà, e dunque solo pel tempo che era necessario per albergarli. Il Walter pensa che dovesse fare gli onori di casa per tre giorni.

19. — L'ultimo atto seguiva *ante regem* oppure *in mallo publico legitimo*, che la glossa spiega con le parole: *hoc est in mallobergo ante theoda* (il popolo) *aut thunginum*; e, a quanto pare, prima che trascorressero 12 mesi dalla morte dell'ereditando; ma anche questo è dubbio. La legge veramente non lo dice. Dice solo, che entro quel termine doveva consegnare pubblicamente il patrimonio all'erede, che gli era stato indicato, gettandogli alla sua volta la festuca nel grembo; e che doveva consegnarlo tutto, come gli era stato affidato, nè più nè meno. Eccone le parole: *postea ... ante XII menses quos heredes appellavit in laissum jactet*; e quel *postea* può realmente prestarsi a diverse interpretazioni. Lo Schmidt ha messo innanzi l'idea, che il termine dovesse calcolarsi dal giorno in cui il disponente aveva gettato la festuca nel grembo del salmanno; ma perchè? Egli osserva, che, in mancanza d'altri *punti d'appoggio*, i 12 mesi deono contarsi o dalla tradizione dei beni, o dal giorno in cui l'intermediario si era stabilito nella casa del disponente; ma siccome questa non ha, dice egli, alcuna importanza per la costituzione giuridica dell'affatomia —

(1) *Beodus* è il gotico *binds* = *mensa*.

(2) Vedi in proposito il mio *Allodio* num. 54.

ha solo una importanza dichiarativa — non resta, a suo avviso, che contare il termine dalla prima tradizione; e in ciò sbaglia. Perchè intanto, quando la legge si fa a descrivere gli atti della affatomia, lo fa in modo da non lasciar dubbio che doveano succedersi l'uno all'altro: prima la tradizione, poscia l'insediamento nella casa, indi la consegna dei beni all'erede fra 12 mesi. Sicchè per noi non c'è dubbio: il termine non andava contato dal primo atto. Nè giova il dire che il secondo non aveva alcuna importanza per la costituzione giuridica del negozio: perchè infine ciò conterebbe poco; ma poi non è vero. Essa era un atto necessario alla costituzione del negozio, nè più nè meno della prima tradizione del disponente e della seconda dell'intermediario, e senza esso l'affatomia non valeva.

Per noi non ci sono che due soluzioni possibili: quella di far decorrere il termine dalla presa del possesso, e quella di farlo decorrere dalla morte dell'ereditando. Il *postea* della legge può avere una significazione e l'altra; e in realtà ci sono alcuni (Waitz, Stobbe, Schröder), che si attengono a quel momento, e altri (Heusler) a questo.

Noi stiamo con gli ultimi, specie per la ragione, che l'intervento del salmanno non avrebbe altrimenti significato; e quanto meno si durerebbe fatica a spiegarlo. Infatti, perchè si sarebbe ricorso a questo modo indiretto e complicato di far tenere i beni all'erede, qualora l'ereditando se ne avesse voluto spogliare già durante la sua vita e trasmetterglieli? Perchè non glieli avrebbe potuti trasmettere direttamente senza tante ambagi? Lo Schmidt osserva, che il disponente voleva così assicurare all'erede un diritto inoppugnabile, e non lo avrebbe potuto con un semplice atto della sua volontà. Perciò creava quella condizione interinale, entro cui qualunque terzo avrebbe potuto far valere le sue pretese: trasferiva i suoi beni ad un'altra persona diversa da quella dell'onorato, e creava così il *presupposto necessario* perchè quelle pretese potessero accamparsi. Ma, in verità, non c'è nulla di ciò nella legge; e poi, ci pare che la ipotesi concluda molto poco. In fondo, se anche il disponente avesse trasmesso i beni direttamente all'erede, quel *presupposto necessario*, a cui l'autore allude, sarebbe stato creato ugualmente senza tante lungaggini, e la posizione dell'erede non sarebbe per questo diventata peggiore. Dato anche il caso di una opposizione per parte di un terzo, il disponente avrebbe ad ogni modo risposto, sia che avesse fatto la trasmissione direttamente all'erede, o indirettamente all'intermediario; e se non avesse potuto rispondere in un caso, non avrebbe certo risposto neppure nell'altro. Invece è molto ovvio di supporre, che il disponente, pur spogliandosi subito della proprietà, non intendesse anche di spogliarsi del diritto di goderne. Certo, non permetteva all'intermediario di disporne come voleva.

Il diritto dell'intermediario era molto limitato. Egli era diventato proprietario dei beni in forza della tradizione; e altrimenti non si saprebbe concepire come in un tempo, in cui la rappresentanza non era ancora ammessa, avrebbe potuto poi trasmetterne la proprietà all'erede. Se la trasmetteva, vuol dire che l'aveva; e non può averla conseguita che all'occasione del primo atto, quando l'adottante gli gettò nel grembo la festuca. Ma, il ripeto, era una proprietà meramente formale. Non ne poteva godere, nè poteva disporne, finchè l'adottante era in vita, se non quanto era necessario per affermare il suo dominio: anzi non poteva come che sia disporne se non giusta le intenzioni di lui. Non dobbiamo cioè dimenticare che i beni erano più che

altro commessi alla sua fede. L'adottante non aveva inteso di darli a lui: voleva darli o donarli all'erede, e lo si desume dalle parole stesse della legge: *Dicat verbum quantum voluerit aut totam fortunam suam cui voluerit dare;* e anche: *Illi cui furtuna sua depotavit;* mentre accennando alla prima tradizione, la legge dice che importava soltanto un *credere*. L'intermediario le aveva ricevute; ma per passarle, entro 12 mesi dalla morte dell'adottante a colui, che appunto l'adottante gli avea designato come erede. Infine si trattava di un rapporto affatto simile a quello che abbiamo trovato nella formola di Marcolfo I, 13, che riguarda pure un caso di affatomia. Perchè il donante, che avea fatto la tradizione de' suoi beni al Re, pregandolo di farli tenere al donatario, non intendeva che glieli facesse tenere subito, ma solo dopo la sua morte, e intanto se ne riservava l'usofrutto. Appunto questa formola potrebbe essere quel *punto d'appoggio*, che mancava allo Schmidt per ammettere, che i 12 mesi dovessero contarsi dal giorno della morte del disponente.

E c'è anche un'altra ragione, che può avere suggerita questa forma di trasmissione indiretta, che non doveva avere effetto che con la morte, e renderla più accetta delle altre: l'idea, cioè, che non sarebbe stato difficile all'alienante di revocare il negozio se avesse voluto. Si badi bene però. Il negozio per se stesso era irrevocabile: non tanto di fronte all'erede, che in fondo non aveva acquistato alcun diritto, quanto di fronte al salmanno, appunto perchè mediante la tradizione egli era diventato proprietario. Sia pure che lo fosse diventato pro forma, ma proprietario era (1): sicchè il disponente avrebbe potuto cambiare opinione prima della sua morte, e nondimeno non avrebbe avuto alcuna azione contro di lui, per ottenere che gli facesse la retradizione dei beni. Se vogliamo, era un inconveniente, che questa specie di affatomia divideva con tutte le altre; ma è forza avvertire che lo divideva meno; perchè non avendo il salmanno alcun interesse al negozio, ed essendo una persona di tutta fiducia del disponente, era naturale che questi potesse fare assegnamento su lui. In fondo si trattava di una questione di lealtà. Il disponente gli aveva trasmesso i beni con in vista quel determinato scopo, cioè perchè li consegnasse, dopo morto, a un dato erede: come avrebbe potuto egli onestamente rifiutare la retradizione, se il terzo nel frattempo fosse morto o il disponente gli avesse detto di essere venuto in altro divisamento? Penso poi che anche cotesta possibilità di una revoca abbia suggerito al disponente l'idea di valersi di un intermediario, anzichè trattare direttamente con l'erede, perchè qualunque convenzione, conchiusa con l'erede, l'avrebbe resa assolutamente irrevocabile. E insisto su questa circostanza, perchè è quella che avvicina coteste *adoptiones* ai testamenti, di cui doveva sentirsi ogni dì più il bisogno. L'*affatomia*, come l'aveva disciplinata la legge Salica, poteva fino ad un certo punto provvedervi. Perchè era bensì un negozio bilaterale; ma che in fondo non vincolava gran fatto il disponente, come quello che gli permetteva di possedere e godere la cosa durante tutta la sua vita, e anche di contare sulla lealtà del salmanno per revocarlo: il testamento non gli andava innanzi, se non perchè era un atto meramente unilaterale, anzichè bilaterale, di ultima volontà.

(1) Non sappiamo proprio a che cosa si appoggi lo Schmidt, *Die Affatomie*, quando dice p. 70 e ripete, che il disponente poteva revocare la disposizione anche di fronte all'intermediario.

Lo Schmidt, insistendo nella idea, che l'intermediario dovesse fare la tradizione dei beni all'erede ancora durante la vita dell'ereditando, soggiunge, che infine la legge stessa lasciava capire che potesse farla; perchè, nel caso di una opposizione per parte dei terzi, non richiedeva affatto la prova della sua morte, e dunque, mediante una *collusione* dell'intermediario con l'onorato, i beni avrebbero potuto venir sottratti irreparabilmente al disponente ancora durante la sua vita. Ed è vero; ma non ci pare proprio che faccia al caso. Perchè la questione è di sapere: se l'intemediario *dovesse* fare la tradizione in un dato momento piuttosto che in un altro, e non se *potesse* farla anche prima, magari abusando della fiducia in lui riposta dal disponente, e l'autore confonde veramente le due cose. Certo, poteva farla anche prima che l'ereditando morisse, perchè infine il proprietario era lui; ma non doveva farla, per la semplice ragione che si era obbligato a non farla; e, pur ammettendo di buon grado, che le cose potessero così andar perdute irreparabilmente pel disponente, non bisogna dimenticare che l'intermediario ne avrebbe ad ogni modo risposto, non altrimenti che di qualunque altra obbligazione; e forse cotesta responsabilità avrà reso il caso molto più raro che l'autore non immagini. Dopo tutto le cose non sono andate diversamente con la *fiducia* dei Romani! Colui che aveva trasferita la proprietà della cosa con la clausola fiduciaria, si trovava pure in balia dell'aquirente e ne correva la fede (1).

20. — Si trattava poi di un negozio essenzialmente *formale*, chę si perfezionava con la forma, che da essa traeva tutta la sua efficacia, e s'imponeva con la forma, vincendo qualunque resistenza e resistendo a qualunque attacco anche materiale; ma bisognava che fosse compiuto: soltanto allora resisteva a tutto. Ciò risulta nuovamente dalla legge.

Essa dice: Se qualcuno vorrà dire qualcosa contro, bisognerà che tre testimoni giurati attestino di essere stati presenti nel mallo indetto dal tungino, e aver veduto il disponente gettare la festuca in grembo del salmanno, e dicano come si chiama il disponente e come colui che egli ha appellato suo erede. Insieme doveano altri tre testimoni giurati attestare che l'intermediario era rimasto nella casa del disponente, e avea dato da mangiare a tre o più ospiti alla presenza di testimoni, e gli ospiti ne lo aveano ringraziato. Infine ci voleano altri tre testimoni, i quali dicessero con giuramento, che il salmanno aveva veramente gettato la festuca in grembo dell'erede designato, sia davanti al Re sia nel mallo legittimo.

Insomma, se l'erede legittimo o altri, che pretendesse di avere un miglior diritto su quei beni, impugnava l'atto, l'unica prova che si esigeva era che *tutto* era proceduto nel modo prescritto: ossia che le forme erano state rispettate; ma d'altronde abbracciava il negozio nella sua totalità, ed essa stessa si presentava con un carattere unico, nonostante che si riferisse a più atti distinti. Lo che risulta anche dalle parole finali del testo, che li comprende tutti in una sola proposizione: *hoc est novem testes ista omnia debent adfirmare.* Somministrata la prova che tutto era proceduto regolarmente, qualunque opposizione per parte dei terzi doveva tacere, anche se basata ad un fondamento materiale; mentre aveva libero corso, se l'affatomia non era stata compiuta, e non lo era che con l'ultimo atto, dopo che l'intermediario avea gettato la festuca nel

(1) V. il mio *Diritto delle Obbligazioni*, Padova 1868 p. 334.

grembo dell'adottato. Fino a quel momento chiunque avrebbe potuto accampare le sue pretese, e queste avrebbero dovuto discutersi, senza che nessuna eccezione, desunta dalla forma del negozio, potesse paralizzarle. Soltanto la seconda tradizione, rendendo il negozio compiuto, creava una forma che s'imponeva e tagliava corto a qualunque opposizione. Si potrebbe anche dire, che la tradizione della sostanza all'intermediario o *salmanno* non era che il preliminare del negozio; ma ciò che veramente lo costituiva era la tradizione che il *salmanno* ne faceva all'erede.

21. — Per ciò che riguarda la natura giuridica dell'istituto, la nostra opinione è, che fosse veramente una adozione, al pari del thinx: che se nel tempo stesso aveva una importanza patrimoniale, non esitiamo a dire, che essa veniva solo in seconda linea; precisamente come nel thinx; mentre la sua natura originaria stava nella adozione.

Nondimeno lo Schmidt nega anche ciò.

Egli comincia dal dire che è addirittura una cosa assurda, che un rapporto di figlio nasca in un tempo in cui il padre adottivo è già morto; ma, naturalmente, non fa cotesta osservazione se non all'indirizzo di coloro, i quali ammettono, come noi ammettiamo, che la seconda tradizione avvenga dopo la morte del disponente. Ma è una osservazione più speciosa che vera. Perchè l'autore dimentica due cose: che cioè il disponente avea designato il figlio già durante la sua vita, fino dal momento in cui aveva fatto la tradizione all'intermediario, chiamandolo erede; e dimentica eziandio che il diritto non esclude la esistenza dei postumi.

L'autore però ha anche altro. Egli continua dicendo, che il negozio giuridico descritto dalla legge Salica si compendia sostanzialmente nelle due tradizioni; e dunque ciò che gli dà il carattere deve essere la tradizione, mentre la nuncupazione, chiamiamola così, non avrebbe che una importanza subordinata e niente indipendente. Ma anche ciò non regge. La tradizione, per se stessa, non vuol dir molto in diritto germanico: essa è la trasmissione di una cosa nella potestà altrui, nè più nè meno, e può venir fatta con fini molto diversi. Che lo sia per l'uno piuttosto che per l'altro, dipende di volta in volta dagli accordi intervenuti fra le parti, sicchè, in fondo, ciò che le dà la sua impronta speciale e il suo carattere, per così dire la sua fisonomia, è la nuncupazione. La quale, ben lungi dall'occupare un posto subordinato, è anzi l'anima del rapporto, che ne riesce così individualizzato, mentre altrimenti non avrebbe senso.

Nel caso speciale poi lo parole erano appunto dirette a creare un figlio o, ciò che torna lo stesso, un erede suo. La legge Ribuaria chiama addirittura l'affatomia una *adoptio in hereditatem,* che si faceva in mancanza di figli; e se il titolo della legge Salica non parla di adozione, dice però che il disponente fa la tradizione dei beni all'intermediario, nominando la persona *cui voluerit dare*; o anche: *cui furtuna sua depotavit,* che chiama addirittura *heres.* Anzi questo nome ricorre per ben due volte. In una è detto: *illo quem heredem appellit... nominent*; e nell'altra *dicere debent et hoc quod... furtunam illam quos heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset.*

Lo Schmidt però non vi s'acqueta. Toccando della legge Ribuaria, osserva, che alla parola *adfatimi* è aggiunta una spiegazione; e ciò mostrerebbe che essa, già

a quel tempo, non era più intesa. Ma veramente la cosa non stà così: anzi stà precisamente all'opposto. La legge dice: *adoptare in hereditatem vel adfatimi.... licentia habeat;* e non è la parola *adfatimi* che venga spiegata con quelle altre: *adoptare in hereditatem*; ma sono anzi queste, che si spiegano con la parola *adfatimi.* Lo che, infine, vorrebbe significare, ch'essa a quel tempo fosse ancora bene intesa da tutti, e dunque proprio l'opposto di ciò che l'autore suppone.

Inoltre egli osserva, che l'aggiunta *in hereditatem* non si potrebbe intendere che come una restrizione dell'adozione ne' suoi effetti; sicchè l'*adfatimi* non significherebbe, infine, che una adozione ristretta al diritto ereditario. Ma anche ciò non vuol dir molto, e forse nasconde una idea falsa: che cioè una adozione fatta allo scopo di creare un erede, sia una adozione piuttosto ristretta. Ma, sia pure! Ristretta o no, una adozione sarebbe ad ogni modo, e proprio quale si presenta originariamente presso diversi popoli.

Un'ultima osservazione, ch'egli fà, è questa: che l'atto, se pur avesse avuto una importanza famigliare, avrebbe avuto la forma della adozione, e non l'aveva. In particolare ricorda che la legge Ribuaria non conosce, oltre alla forma scritturale, che quella della *traditio* del patrimonio: e così la legge Salica; e la tradizione era un procedimento del diritto patrimoniale. Ma che perciò? Intanto non bisogna dimenticare, che l'adozione era appunto una adozione nella eredità; ed era naturale che si calcasse sulla tradizione diretta o indiretta del patrimonio, come del resto ha fatto anche la legge Langobarda. Perchè anch'essa non ricorda altre forme all'infuori della tradizione corporale dei beni; senza che l'autore abbia messo in dubbio che lo scopo del thinx fosse appunto quello di creare un figlio. Infine c'è la parola *adfatimi* che, tra i vari significati che le vennero attribuiti, potrebbe veramente averne uno che accennasse alla creazione di un figlio, o se non altro all'accoglimento suo nella famiglia. Certamente una *communis doctorum opinio* non ha potuto stabilirsi in proposito: lo abbiamo osservato più su e conveniamo con lo Schmidt, che sarebbe inconsulto di prendere le mosse dal titolo della legge, per spiegarne il contenuto. Ma da questo, a non farne il benchè menomo conto, ci corre, tanto più che egli stesso ammette che vi si possa celare una forma del negozio. Infine la *communis opinio*, pur discordando nei particolari, riconosce che si tratti proprio di una forma del diritto famigliare; e infine è cotesto, e non altro, che veramente importa.

22. — Tale era l'affatomia secondo la legge Salica; ma già abbiamo detto più su che qualcosa di simile deve essersi praticato anche da' Langobardi, e occorre che lo dimostriamo. Non si tratta però che di scarse traccie, che lasciano, a mala pena, intravvedere l'esistenza dell'istituto, e non escludono che ci possa esser stata di mezzo la influenza franca.

Intanto può vedersi un capitolo di Lodovico il Pio, che la Lombarda colloca nel II libro sotto il titolo XVIII *de ultimis voluntatibus*. Esso dice espressamente che la tradizione e investitura dei beni poteva farsi anche ad un terzo, che chiama *fideiussor*, alla presenza di testimoni idonei, perchè alle sua volta la facesse all'onorato; e aggiunge che dopo eseguita la tradizione in questo modo, gli eredi legittimi non aveano più nulla da ripetere. Il caso è questo. Si trattava di uno il quale volea fare la tradizione corporale de' suoi beni sia ad una chiesa, sia ad un parente,

o a qualunque altro, ma non potea farla perchè questi era lontano dal comitato dove erano i beni. Come trarsi d'impaccio? Lo dice Lodovico: pigli dei testimoni, possibilmente suoi *pagenses*, o altri che vivono con la medesima legge, e alla loro presenza faccia la tradizione dei beni e ne dia la investitura ad un fideiussore, perchè, alla sua volta, la faccia a colui a cui egli ha destinato la eredità. Dopo ciò, soggiunge Lodovico, gli eredi non aveano più nulla da reclamare. Il fideiussore poi doveva farne veramente la investitura al destinatario, per togliere agli eredi qualunque pretesto di mutare quella tradizione, e anzi perchè si trovassero nella necessità di rispettarla (1).

Inoltre può vedersi una formola alla legge 105 di Liutprando. Noi lo sappiamo: Liutprando avea proibito al padre di istituire *eredi* i figli nati da matrimonio illecito *neque per thinx vel per qualicumque conludium*; e ciò, dice egli, perchè ogni uomo, che vuole, dee prendere una moglie legittima e non contrarre nozze illecite. Accadeva però che, non potendo fare la tradizione direttamente, perchè sarebbe stata nulla, la si facesse indirettamente ricorrendo ad un mediatore; e appunto a questo caso accenna la formola, che crediamo opportuno di riferire. *Petre, te appellat Martinus quod terra, quae in tali loco est, sua est, et tu sibi eam detines. — Quid tibi pertinet? — Per successionem patris mei. — Si ostenderit cartam quod pater illicitus fecisset* IN ALIAM PERSONAM, *et ostenderit cartam quam* IPSA PERSONA *fecisset sibi, tunc legitimus frater probet, quod pater suus propter hoc fecit ipsam cartam, quia voluit, quod ille illicitus haberet ipsam cartam.*

Chiaro è: a parte i riti speciali, e a parte ciò che nel caso vi poteva essere di colludio, l'istituzione si presenta proprio così come l'abbiamo trovata nella affatomia salica: si tratta di un intermediario, a cui era stata fatta la tradizione dei beni, perchè alla sua volta la facesse all'erede.

23. — Aggiungo alcune osservazioni sulla posizione, che la morte dell'adottante creava all'erede; ma anche qui sarà mestieri distinguere.

Quanto a diritti, c'è poco da dire se il tinge o l'affatomia erano stati fatti con la *tradizione corporale* dei beni. Il donatario ne era già diventato proprietario in vita, quand'anche a semplice titolo di condominio; ne aveva pure acquistato il possesso, e continuava: soltanto cessavano con la morte dell'adottante le limitazioni, che appunto questa forma di adozione aveva imposto alla proprietà.

Parimenti il thinx con *lidinlaib* aveva trasferito nell'adottato la proprietà, salvo che ne aveva sospeso gli effetti fino alla morte dell'ereditando; nè c'era stata immissione nel possesso. Verificatasi la morte, l'adottato avea diritto, naturalmente, di *recollegere in suum dominium* ciò che l'adottante avea lasciato ed esigere i crediti. Lo dice Rotari 174.

Invece la cosa era più complicata se si trattava di una *tradizione indiretta*, com'era quella della legge Salica. In questo caso non può dirsi, che l'adottato fosse diventato proprietario già durante la vita dell'adottante: anzi tra lui e l'adottante non era corso alcun rapporto, e bisognava che l'intermediario gli facesse la tradi-

(1) Cap. a. 817 c. 6, Bor. I, 282; LL. lang. Ludov. Pii c. 11. Cfr. Aripr. e Alb. II. 18 p. 110, 111.

zione dei beni giusta le intenzioni del defunto. Noi lo sappiamo: la legge dice che doveva fargliela entro dodici mesi: e se non gliela avesse fatta? Aveva l'erede un'azione per costringere il salmanno ad adempiere l'incarico? Certo il diritto romano gliene avrebbe accordata una; ma se gliela accordasse anche il diritto germanico non sappiamo. Soltanto possiamo supporre che il conte sia venuto in suo aiuto.

Per ciò che riguarda gli obblighi, sarà opportuno di richiamare ancora una volta alla memoria ciò che abbiamo avvertito più su: che cioè l'adozione è nata dal bisogno di aver una persona che, dopo la morte del padre di famiglia, provvedesse ai *sacra*. L'eredità passava veramente nell'adottato con questo obbligo delle espiazioni e dei sacrifici, che doveva compiere in pro' de' maggiori, che alla lor volta, appunto mercè le offerte funebri dei figli, speravano di essere, quando che sia, ammessi alle dimore celesti, fatti partecipi della immortalità. Ma si capisce, che tutto ciò deve essersi perduto col venir meno delle antiche credenze. Certo, nei tempi delle invasioni non se ne ha traccia, e non si parla che di obblighi meramente civili, che l'adottato doveva assumere, nè più nè meno di ogni altro erede. In altri termini, l'adottato, qualunque fosse la specie di adozione, doveva prendere sopra di se, sempre, insieme con l'attivo, anche le passività, proprio come se si trattasse di un erede naturale; e ciò infine non deve stupirci perchè si trovava appunto al posto di lui.

Rimandiamo in proposito a Rotari 174. Il quale, accennando al *thinx lidinlaib*, dice: *Ipse qui garethinx susceperit ab alio « quidquid reliquerit donator in diem obitus sui »*, *habeat licentiam in suum dominium recollegere, et debitum creditoribus reddere, et ab aliis exegere, et quod in fiduciae nexum positum est, reddat debitum et requirat rem in fiduciae nexu posita.* È una legge che ne determina nettamente la posizione, e non lascia luogo a dubbio: l'adottato, che poteva oggimai raccorre i beni nel suo dominio, ed esigere i crediti, doveva insieme pagare i debiti. Ma in che misura? Rotari non lo dice; però non c'è dubbio che li avrà pagati appunto nella misura degli altri eredi, ossia ne avrà risposto solo fino allo ammontare dell'asse ereditario. Infatti, così rispondevano generalmente anche gli altri eredi, come risulta da più passi dell'Editto (1), e anche da parecchie formole nelle Legg. IV, p. 430. Lo stesso dicono Ariprando e Alberto II, 21; e poi può vedersi un capitolo (10) di Aregiso, che si riferisce appunto ad un *testamentum donationis*, che uno avesse fatto ad un prossimo parente, che già per legge sarebbe stato erede, con lo scopo di frodar i creditori. Aregiso si oppone all'abuso e, considerando il donatario come erede — lo chiama proprio così: *primus heres* — stabilisce che debba eziandio pagare i debiti; ma la responsabilità era limitata all'ammontare dell'asse ereditario.

Nondimeno si facevano due eccezioni.

La prima si riferisce alle obbligazioni derivanti dalla *faida*, specie al guidrigildo; e la ragione è semplice: perchè la faida non riguardava solo il delinquente, ma tutta la casa, specie la cerchia più ristretta dei parenti, qual era quella dei figli, e la composizione ne seguiva le sorti. Ciò è tanto vero, che Liutprando 17, parlando

(1) Roth. 385; Liut. 17, 57.

del caso di un fratello che avesse ucciso un fratello, e volendo che la eredità del fratricida non andasse ai figli, come avrebbe dovuto secondo l'Editto di Rotari (163), ma ai fratelli di lui, ha cura di avvertire espressamente che, però, essi avrebbero pagato la composizione *de ipsa substantia humicidae;* e se questa bastava appena, o non bastava, doveano averla i figli dell'ucciso.

L'altra eccezione concerne i debiti contratti *per wadiam et fideiussorem*, perchè l'erede ne rispondeva in solido. Roth. 362 lo dice espressamente parlando dei figli: *quia quicquid pater per wadia et fideiussorem obligavit, fili conplere debent.* E aggiunge che doveano pagare *quamvis virtutem minorem habeant a patre*, cioè, appunto, nonostante che avessero ereditato meno. Sicchè, non c'è dubbio: la responsabilità anche qui è assoluta. Anzi, perfino nel caso di un maleficio, che è quello contemplato da Rotari nel c. 362, purchè fosse stata data la *wadia* e il *fideiussor de sacramentum* e nominati i sacramentali, i figli dovevano negare col giuramento che il padre aveva promesso, o adempiere la promessa fatta così solennemente. Del resto ciò che valeva pei figli finì poi con lo estendersi anche agli altri eredi; ma avvenne solo per uso. Riferisco le parole della *Expositio* a Roth. 362 § 1: *Quamquam lex ista de aliis heredibus nisi de filiis non iubeat, usu tamen exemplo eius de ceteris ut de filiis debemus intelligere.*

Una specialità ricorre nell'*adfatimus* che si faceva tra coniugi. La legge Ribuaria 49 dice che se l'affatimo era tra marito e moglie, e ambedue erano morti, la sostanza tornava agli eredi legittimi, ad eccezione di ciò che il coniuge superstite *in elimosina vel in sua necessitate expenderit.* Il coniuge superstite, pur andando al possesso dei beni, non poteva disporne liberamente se non per quei due scopi.

***

24. — Resta un'ultima questione: di sapere cioè se l'adozione potesse o non potesse revocarsi; e in generale dobbiamo dire che no, salvo in due casi, che si trovano già nell'antico diritto, e che discendono molto naturalmente dallo scopo dell'istituto, che era di creare un figlio artificialmente in mancanza di un figlio corporale, e trattarlo come tale. Essi sono:

1° La nascita di un figliuolo.

2° La ingratitudine del donatario.

La nascita di un figliuolo poteva rompere la donazione in tutto o in parte. Se uno disperando di aver figli tingava ad altri le sue robe, e poscia gli nasceva un figlio maschio legittimo, il tinge, dice Rotari 171, andava rotto per intero, e il figlio legittimo, nato dopo la tingazione, succedeva in tutto al padre. Se gli nascevan delle figlie legittime o dei figli naturali, essi infirmavano pure l'adozione, ma solo in parte: aveano cioè diritto alla loro porzione legittima. Rotari dice: *habeant et ipsi legem suam*, come se non fosse stata tingata ad altri; ma quel tanto che, in mancanza del thinx, sarebbe andato ai parenti o alla corte regia spettava al donatario. Medesimamente osserva Liut. 65, riferendosi a questo capitolo di Rotari: *Quia qui thinx facit, et postea filiam nascitur, in tertiam partem ipsum thinx rumpit secundum anteriorem edictum, et si duas aut amplius, in mediaetate.* L'Editto anteriore, a cui si richiama, è appunto il cap. 171 di Rotari. A volte poi se ne fa anche

espressa menzione, come leggo in una carta dell'anno 770 (1), che ho già riferito in parte: *hoc volo et mea dispono voluntate, et si mihi dominus respicere dignatus fuerit, et filios aut filias procreavero, medietatem ex omnibus abeatis vos Bonipert et Leopert, et medietatem accipiant filiis aut filias meas; et si sic nostris meruerint operibus et neque filius aut filia non abuero in omnibus vos mihi succidatis tanquam si de semine meo procreati fuissitis.*

Per ciò che riguarda l'ingratitudine, Rotari 174 dice, che il donante poteva riprendere la donazione per quelle medesime cause, che davano diritto al padre di diseredare i figliuoli: *tantum est, ut ille qui garethinx susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exhereditantur.* Infatti l'adozione tendeva a procacciare all'adottato il posto di figlio nella famiglia; e si capisce che i suoi obblighi doveano essere precisamente quelli di un figlio. Egli doveva portarsi di fronte al padre nè più nè meno di un figlio, e specialmente astenersi da qualunque colpa un po' grave, e anche aiutarlo ne' suoi frangenti. Che non dovesse offendere il padre è rilevato espressamente da Rotari (2); e così, che dovesse prestargli aiuto in caso di necessità (3). A volte poi lo si diceva espressamente nell'atto stesso dell'adozione: che si aspettava dal donatario che si comportasse bene e servisse il donante come suo benefattore. È la frase che s'incontra in una carta dell'anno 770: *Et vos una cum ipsis ribus bene deservire dibeatis sicut ad benefactorem suum* (4). Nè altrimenti si ha in un diploma del 1142: che l'adottante doveva comportarsi bene, come si addiceva a figlio fedele (5).

Insieme sono indicate alcune cause di diseredazione: se il figlio avesse insidiato, o anche solo dato consiglio, contro la vita del padre, o se lo avesse percosso volontariamente, o si fosse giaciuto con la matrigna. Rotari 169 dice: per queste cause *iuste a patre exhereditentur;* ma non crediamo che fossero le sole. La carta del 1142, citata testè, dopo aver detto, che l'adottato doveva comportarsi bene, come un figlio, aggiunge: se no, l'adottante s'intendeva dispensato dall'obbligo di lasciargli nulla. Ciò era specialmente, se si fosse fatto cogliere in un furto o altro grave mancamento, o non avesse voluto ottemperagli, come si conveniva, o avesse lasciato la casa (6). Comunque, la pratica langobarda ha finito con lo ammettere anche altre cause di diseredazione, a somiglianza di quelle rilevate nell'Editto. La Expos. a Roth. 169, § 3 osserva: *Notandum est, quod usu et exemplo harum culparum in hac lege positarum intelligendum de maioribus culpis vel consimilibus.*

Per ciò che riguarda l'obbligo di aiutare il padre nelle sue necessità, abbiamo già ricordato altrove alcune formole di adozione fatta con la tradizione corporale dei beni; e non facciamo che richiamarle alla memoria. Certo, esse non mancano di ricordare anche questo punto. Una formola Salica lo dice espressamente: l'adottato,

(1) Troya *C. D. L.* V. 929.
(2) Roth. 174. Cfr. Roth. 169 e la Expos. a Roth. 169, § 3.
(3) Roth. 173.
(4) Troya, *C. D. L.* V. 929.
(5) *Syllabus graecar. membranar.* n. 142, p. 189.
(6) *Syllabus graecar. membranar.* n. 142 cit.

a cui era stata fatta la piena tradizione dei beni, somministrerà il vitto e il vestito all'adottante: se no, perderà completamente ciò che ha ricevuto (1). Lo stesso ha la Form. Cod. S. Emm. II, 21. Quant'è alle donazioni con *lidinlaib*, rimandiamo ancora una volta a quel capitolo di Rotari, in cui è detto che il tingante doveva rivolgersi al tingato perchè lo aiutasse, e se lo avesse aiutato, doveva conservare i beni in sua proprietà: se no, poteva venderli. Rotari 173 dice appunto: *Tunc si noluerit subvenire, quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum, qui acceperit.*

25. — Invece non era ammessa la revocabilità per altre cause. Certo, se l'adottato era entrato nella famiglia, e vi occupava il posto di figlio o di fratello, non poteva perderlo ad arbitro dell'adottante. Come un figlio non poteva venir diseredato senza sua colpa, e così l'adottato. Roth. 174 lo ha detto: *Non leciat donatori ipsum thinx quod antea fecit, iterum in alium hominem transmigrare.* Ma la stessa donazione con *lidinlaib* era ben lungi dall'essere una donazione revocabile a piacimento dell'adottante. Certamente, se egli si trovava nella necessità di vendere per provvedere al proprio mantenimento, poteva farlo; ma con ciò non è detto che la donazione fosse revocabile. Perchè intanto se l'adottato, richiesto da lui, veniva in suo aiuto, non poteva più vender nulla, nè terre nè servi, ma doveva conservarli nella proprietà di lui; e ad ogni modo non vendeva se non quel tanto che pareva necessario. L'alienazione aveva il suo limite nella *necessitas* (2). Ma nemmeno le adozioni indirette poteano dirsi revocabili, e lo abbiamo già avvertito a suo luogo; sebbene non dovesse essere difficile all'adottante di mettersi d'accordo coll'intermediario, per annullare l'atto, senza che l'erede potesse opporvisi.

Nondimeno appunto questo carattere di irrevocabilità suscitò col tempo una reazione. Era un limite, che la libertà, una volta preso l'abbrivo, doveva cercare di abbattere. D'altronde il mezzo era presto trovato. Bastava che all'atto stesso della donazione il donante si fosse riservato il diritto di donare, vendere, poter *iudicare* anche altrimenti, e in favore di altri, delle cose donate, come meglio gli avesse talentato. E già nel secolo VIII si hanno esempi di coteste riserve. Dirò meglio: essi abbondano, specie nelle donazioni di cose singole *tra' vivi*, sicchè non c'è che da scegliere. Uno è dell'anno 747. Achiperto v. d. dona una casa e alcune terre alla chiesa di S. Giorgio di Lucca; ma si riserva la libera facoltà di disporne in vita, e anche di donarle ad altra chiesa: *donandi, vendendi dum advixero, iterum in alia Ecclesia iudicandi in mea set potestate* (3). Anche Ariprando chierico fa la medesima riserva nell'anno 758: *Modo vero primis sic decerno atque instituo ut dum advivere meruero omnia et in omnibus rebus meis in mea sit potestate iterum iudicandi et faciendi ex omnibus quid aut qualiter voluero: post decesso viro meo quidquid ex omnibus rebus meis non donata aut non vinduta aut non iudicata remanserit, volo ut in omnibus sit in potestate Ecclesie* (4). Un'altro esempio! Nell'anno 760 Amolcari dona certe sue sostanze alle chiese di S. Donato e S. Giorgio,

(1) Form. Sal. Lind. 18.
(2) Roth. 173.
(3) Troya, *C. D. L.* IV, 603.
(4) Troya, *C. D. L.* IV, 723.

riservandone l'usofrutto a Sindruda sua *obsequiale*; e nondimeno protesta fin dalle prime: (*decerno*) *ut dum ego advivere meruero, quod subter aliquid de res meas iudicavero in mea sit potestate de ea faciendi quod voluero* (1). Altre carte possono vedersi in Troya V, 809, a. 764; 867, a. 967; 929, a. 770, ecc.

Ora, è vero: tutte queste carte, e altre, sono carte di donazioni di cose singole tra' vivi, fatte a chiese o luoghi pii: ad ogni modo non si tratta di adozioni; ma è facile il supporre che anche le adozioni *in hereditatem* non ne siano rimaste immuni. Infatti una simile donazione che Vadiperto fece nel 770 a due suoi nepoti Bonipertulo e Liutperto, contiene appunto la riserva di poterne disporre per l'anima; sicchè Bonipertulo e Liutperto non avrebbero dovuto *succedere* (sic) al donante se non in quello che avesse lasciato *ingiudicato* (2).

Evidentemente, sotto la influenza del diritto romano, una maggiore libertà si era fatta strada in queste donazioni, qualunque ne fosse la specie, e tendeva a convertirle in donazioni in causa di morte, appunto nel senso in cui i Romani le avevano intese, battendo in breccia le antiche forme germaniche. Bastava oggimai una semplice riserva per parte del donante, perchè la donazione, che avrebbe dovuto essere irrevocabile, si facesse revocabile. La consuetudine, per questo riguardo, cercava di surrogarsi alla legge e, a quanto pare, senza contrasto. Almeno durante l'epoca langobardica non c'è nulla che accenni ad una opposizione: era una evoluzione spontanea, meglio rispondente al nuovo spirito di libertà, e si lasciava fare.

Ciò peraltro si è mutato sotto Carlomagno.

Da questo momento comincia una lotta tra l'antico diritto, che Carlomagno vuol salvo, e la nuova pratica, che ne aveva già scalzate le fondamenta.

Ecco una legge di Carlomagno:

Si quis Langobardus statum humanae fragilitatis praecogitans pro salute animae suae de rebus suis voluerit iudicare, vel cartulam donationis cuilibet facere, non, sicut hactenus fieri solebat, ius sibi vendendi donandi commutandi et per aliam cartam easdem res alienandi reservet potestatem, sed absolute faciat unusquisque de rebus suis quod velit, et noscat sibi ex nostra auctoritate penitus interdictum, duas de eadem re facere donationes; sed postquam unam de rebus suis traditionem fecerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem, ita tamen ut usumfructum si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas (3).

Chiaro è: Carlomagno non si oppone direttamente ad una pratica già radicata da tanti anni; ma, non potendo salvare tutto, vuole almeno che le donazioni *pro salute animae* sien salve (4). Era una reazione piuttosto limitata, e nondimeno non ha potuto approdare. Anche così, si opponeva troppo radicalmente a quella evoluzione, che mirava a liberarsi dalle antiche regole, perchè la pratica potesse osservarla. Infatti

(1) Troya, *C. D. L.* V, 742.

(2) Troya, *C. D. L.* V, 929.

(3) LL. lang. Car. M. 78.

(4) Il Pertile IV, 9, generalizza, e vuole che la legge di Carlomagno debba applicarsi a tutte le donazioni in genere.